

MEMORIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE CASTILLA Y LEÓN.

1.- Planteamiento.

2.- Objeto y ámbito.

- Castilla y León.
- A).- Funciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de
 - B) Organización.
 - C) Objetivos.
 - C1)-Independencia.
 - C2)-Rapidez.
 - C3)-Eficacia.

3.- Estadísticas.

4.- Algunos criterios adoptados por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León y su incidencia práctica.

- Tribunal.
- 4.1.- Los pliegos.
 - 4.2.- El contrato incorrectamente calificado y la eventual recalificación por el
 - 4.3.- El deslinde entre el contrato de gestión de servicio público y los contratos de servicios.
 - 4.4.- La doctrina de los órganos de recursos contractuales sobre los presupuestos de gastos de primer establecimiento en el contrato de gestión de servicios públicos.
 - 4.5.- La problemática de la acreditación de las solvencias.
 - 4.6.- La capacidad y solvencia de las Uniones Temporales de Empresas (U.T.E.).
 - 4.7.- Los criterios de adjudicación y su valoración.
 - 4.8.- Las variantes y mejoras.
 - 4.9.- La subrogación de trabajadores y costes laborales.
 - 4.10.-El control sobre las ofertas con valores anormales o desproporcionados.
 - 4.11.- Los errores en las ofertas.
 - 4.12.-La problemática de las notificaciones y su motivación.
 - 4.13.- El recurso especial ante un contrato formalizado.

5.- Guías de los procedimientos ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

- A).-Recurso especial.
- b).-Cuestión de nulidad.

6.- Recomendaciones.

- 6.1.- La finalidad de los informes remitidos.
- 6.2.-Listado de los trabajadores a subrogar.
- 6.3.- Consignación en los pliegos de los gastos de primer establecimiento.
- 6.4.- El cumplimiento del plazo de envío del expediente.

1.- PLANTEAMIENTO.

Esta Memoria de actividad comprende las actuaciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (en adelante "TARCCYL"), durante el periodo comprendido en los años 2012 a 2014.

Este órgano, creado mediante la Ley de las Cortes de Castilla y León 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, tiene la función de garantizar que en la preparación y adjudicación de los contratos del sector público de Castilla y León se aplican adecuadamente las normas y principios que los disciplinan, mediante una adecuada tutela jurídica de los candidatos y licitadores.

Este fin no puede conseguirse de cualquier forma. La gestión pública exige eficacia, inmediación y rapidez, por ello este Tribunal trata de dar una tutela rápida, en plazos breves, obstaculizando lo mínimo imprescindible el proceso de contratación, de manera que se permita resolver adecuadamente las cuestiones planteadas tanto por particulares como por los órganos de contratación y crear un cuerpo doctrinal preciso y cercano.

Esta Memoria tiene por objeto, no sólo ofrecer una visión estadística de la actuación del Tribunal durante periodo 2012-2014 en el ejercicio de sus competencias, sino también dar cuenta de los criterios empleados y de la doctrina fijada, tanto respecto de cuestiones relativas a materias de fondo como procedimentales, con el objetivo de que puedan corregirse *ex ante* prácticas contrarias al ordenamiento jurídico.

2.- OBJETO Y ÁMBITO.

A) Funciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León ("TARCCYL").

La Unión Europea (en adelante U.E.) tras dedicar décadas a regular las actuaciones de preparación y adjudicación de los contratos públicos, con el fin de asegurar la existencia real de un mercado de provisión pública de bienes y servicios, se dio cuenta que sus normas tenían una eficacia limitada al no estar acompañadas de un sistema de recursos que permitieran controlar su efectivo cumplimiento y, en caso de su incumplimiento, facilitara, antes del nacimiento de obligaciones recíprocas para las partes, reparar con agilidad una actuación contraria a Derecho.

Precisamente con esta finalidad se estableció el recurso especial en materia de contratación por la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, a la que posteriormente acompañaría la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones

legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. Estas "Directivas de recursos" pretenden aproximar la diversa legislación de los Estados miembros sobre la tutela de candidatos y licitadores, mediante la creación de un sistema de recursos eficaces y rápidos que permitan hacer efectiva la apertura de la contratación a la concurrencia y aumentar la credibilidad del sistema, e indirectamente, eliminar el efecto disuasorio que supone obligar a los participantes en la contratación acudir a la vía contenciosa.

Por su parte, la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, de mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, modifica las dos Directivas anteriores con el fin de mejorar la tutela de los licitadores, e introduce un catálogo de supuestos de ineficacia contractual y establece la obligación de configurar un mecanismo de recurso ante un órgano independiente.

Esta última Directiva impulsó al legislador español a promulgar la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para adaptación a la normativa U.E. de las dos primeras, con la finalidad de "reforzar los efectos del recurso permitiendo que los candidatos y licitadores que intervengan en los procedimientos de adjudicación puedan interponer recurso contra las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz. Para ello, la Directiva establece una serie de medidas accesorias para garantizar los efectos de la resolución que se dicte en el procedimiento de impugnación" (exposición de motivos Ley 34/2010, de 5 de agosto).

Este nuevo régimen es el que, con ciertas correcciones, se incorpora al vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante "TRLCSP").

Al TARCCYL le corresponde conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación y de las cuestiones de nulidad contractual, de acuerdo con el TRLCSP y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Ejerce sus competencias en el ámbito de los órganos, entes, organismos, entidades e instituciones que tengan la consideración de poder adjudicador y que ejerzan sus competencias en el ámbito territorial de Castilla y León, con la excepción de los dependientes o vinculados a la Administración del Estado.

B) Organización del TARCCYL.

Los artículos 58 a 64 de la Ley de 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, crean el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León como el órgano administrativo en materia de recursos contractuales de Castilla y León, limitándose a dar cuenta de la funciones y modo de actuación del Tribunal. Su regulación fue perfilada por la Ley 4/2013, de 19 de junio, por la que se modifica la organización y funcionamiento de las instituciones propias de la Comunidad de Castilla y León.

La particularidad más notable del TARCCYL es que está adscrito al Consejo Consultivo de Castilla y León, de modo que el Presidente y los Consejeros electivos son, respectivamente, Presidente y Vocales del Tribunal.

Mediante Acuerdo del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de 27 de marzo de 2012, publicado en el B.O.C. y L. del día 29 del mismo mes, se dio publicidad a la constitución de este Tribunal e igualmente se indicó el lugar de su sede.

La composición del TARCCYL es:

Presidente: D. Mario Amilivia González.

Vocal: D. Fernando Rey Martínez.

Vocal: D. Ángel Velasco Rodríguez.

Actúa como secretario el letrado D. Luis Gracia Romero.

Hasta el año 2013 este puesto lo desempeñaba el secretario general del Consejo Consultivo, D. José Ignacio Sobrini Lacruz.

Asisten al Tribunal, la letrada jefe Dña. María García Fonseca, y los letrados: D. Francisco Javier Píriz Urueña, Dña. María Paz Pisonero Pisonero, D. Miguel Ángel González Celada y Dña. Beatriz Martín Lorenzo.

La sede del TARCCYL se encuentra en: en Plaza de la Catedral, 5, 49001 Zamora, y cuenta con la dirección de correo electrónico tribunalcontratoscyl@cccyl.es

La primera Resolución se dictó el 13 de abril de 2012, en una época con cambios en la estructura y funcionamiento del Consejo Consultivo y de una gran inestabilidad en la normativa de contratos del sector público, lo que supuso un gran esfuerzo de adaptación, precisamente en una época en que el Consejo

Consultivo tenía una elevada carga de trabajo¹.

Pese a los inconvenientes del encaje de una competencia resolutoria en una institución esencialmente consultiva, hay que recordar que la materia contractual nunca fue ajena al Consejo Consultivo de Castilla y León -desde el año 2003 se han emitido más de 250 dictámenes relacionados directamente con la materia (interpretación, modificaciones, resoluciones de contratos...)-.

C) Objetivos.

El establecimiento del Tribunal, que como hemos señalado tiene su origen en la normativa de recursos de la U.E., trata de garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas y resueltas, de acuerdo con el procedimiento establecido, de manera eficaz, lo más rápidamente posible, y antes de que el contrato se haya formalizado.

En este sentido, las Directivas de Recursos exigen que los órganos de control en materia de contratación pública velen por la tutela restitutoria de candidatos y licitadores a la posición jurídica anterior a la actuación contraria a Derecho. Puesto que uno de los caracteres de este sistema de control es que sea posible el restablecimiento de la legalidad, es clave el momento en que puede corregirse. Es decir, la tutela debe ser efectiva antes de la perfección del contrato, y otorgarse de forma rápida² y eficaz, es decir, completa.

Cuanto mayor sea el plazo de resolución de un recurso, más difícil será el restablecimiento de la legalidad, porque los efectos del acto se habrán integrado con mayor solidez en el tráfico jurídico, habrán servido de base a otras actuaciones y habrán constituido expectativas cuya destrucción podría ocasionar asaltos a intereses que la sociedad quiere proteger. En este sentido, ha de evitarse que, con el transcurso del tiempo, se consoliden intereses dignos de protección que puedan contribuir a justificar el mantenimiento de una actuación contraria a Derecho. En este contexto la tutela cautelar se configura como una herramienta imprescindible para que el recurso cumpla su finalidad.

¹ En el año 2011 el Consejo Consultivo de Castilla y León realizó 1.592 dictámenes.

² El artículo 1.1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, es muy claro al respecto:

“En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE y 92/50/CEE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa”.

Por ello, en el ejercicio de sus funciones, el Tribunal debe velar por una tutela independiente, ágil y eficaz³.

C.1) La independencia.

Al haber optado el legislador español por un órgano administrativo al desarrollar en la legislación de contratos la opción prevista en el artículo 2.8 de la Directiva 89/665, los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación han sido creados como órganos especializados e independientes. Por ello, esta última característica, uno de los fundamentos que motivaron la creación de estos órganos⁴, se convierte en uno de sus rasgos fundamentales.

Esta independencia, además de estar garantizada por su propia composición y de mecanismos como la inamovilidad de sus miembros, puede ser cuantificada a través del porcentaje de recursos estimados, cifra considerablemente superior a cuando se resolvía el recurso de reposición ordinario.

Efectivamente tal y como se recoge en los datos estadísticos incorporados a esta Memoria, en el año 2012 el 29,3 % de las resoluciones fueron estimatorias, bien parciales bien totales; en el año 2013, fueron el 29,7 %, y en el año 2014 fue el 25 %. Pero si se filtran estos datos y se excluyen aquellos recursos que fueron inadmitidos, en los que el TARCCYL no entra en el fondo del asunto, este porcentaje se eleva, alcanzando respectivamente el 34,6%, 47,8 % y el 36,3% del total de las resoluciones dictadas⁵. En todo el periodo 2012-2014 se estimaron

³ El artículo 1 párrafo 3 de la referida Directiva 89/665/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre, establece: "En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/23/UE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa".

⁴ El recurso de reposición contra el propio órgano de contratación se demostraba totalmente ineficaz, precisamente por la falta de independencia.

Puede considerarse que la interposición del recurso especial sustituye, a todos los efectos, al recurso de reposición, resuelto precisamente por el órgano de contratación responsable del acto o contrato impugnado, y ello en aplicación del artículo 107. 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, que permite, mediante Ley, sustituir el recurso de reposición, en ámbitos sectoriales determinados, cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo, respetando su carácter potestativo para el interesado.

⁵ Las cifras varían ligeramente dependiendo la consideración que se le dé al desistimiento.

un 27% de los recursos presentados, lo que representa aproximadamente un 39,5 % de los admitidos.

C.2) La rapidez.

El TRLCSP establece unos plazos muy breves para dictar resolución en los recursos que regula, plazo que varía en función del cumplimiento de los trámites del procedimiento.

El plazo medio de resolución de un recurso en el año 2014, computado aquel desde su interposición, ya sea ante el órgano de contratación o en registro del propio Tribunal, hasta la resolución por el TARCCYL, fue de 24 días. No obstante, se está ante un plazo variable que depende en gran medida del retardo con que los órganos de contratación cumplen con los diversos trámites. Este intervalo, que se ha ido reduciendo paulatinamente⁶, puede considerarse satisfactorio, por lo que en este punto hasta el momento el Tribunal ha cumplido los preceptos del TRLCSP y ha logrado los objetivos que estos recursos persiguen.

No obstante, debe señalarse que, quizá como consecuencia del desconocimiento inicial de esta nueva vía de recurso o por el posterior aumento progresivo de su número, algunos órganos de contratación no cumplen el plazo de envío del expediente o del informe preceptivo al Tribunal, lo que ocasiona retrasos, que aunque en la generalidad de los casos no son relevantes, en algunos supuestos concretos han dado lugar a alguna demora importante en la resolución.

Por otro lado, hay que indicar que para fomentar la celeridad en el ámbito de estos procedimientos, la disposición adicional 16.4 del TRLCSP establece que "las comunicaciones entre los órganos competentes para la resolución de los recursos o de las reclamaciones y los órganos de contratación o las Entidades Contratantes, se harán, siempre que sea posible, por medios informáticos, electrónicos o telemáticos.

»Las notificaciones a los recurrentes y demás interesados intervinientes en los procedimientos de recurso se harán por los medios establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. No obstante, cuando el recurrente hubiese admitido las notificaciones por medios informáticos, electrónicos o telemáticos durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, en el caso de que hubiese intervenido en él, y, en todo caso, cuando lo solicitara en el escrito de interposición del recurso, las notificaciones se le efectuarán por estos medios".

Al margen de la utilización de los referidos medios el TARCCYL sensible a la necesidad de acelerar los procedimientos, para facilitar los trámites tanto a los particulares como a los órganos de contratación, implantará en un breve un

⁶ En el año 2013 aproximadamente fue de 32 días desde su interposición hasta su resolución.

sistema que permita la presentación telemática de los recursos, así como las alegaciones que puedan presentarse.

Todas estas medidas permiten, además de acelerar los procedimientos, facilitar una comunicación fluida con los interesados y resolver dudas a los recurrentes u órganos de contratación, sin perjuicio del ahorro derivado de la supresión parcial del soporte papel.

C.3) La eficacia.

La Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre, establece la obligación de velar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y las decisiones adoptadas por los organismos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz.

Para ello el TARCCYL permanece vigilante para lograr una tutela satisfactoria de candidatos y licitadores en cumplimiento de las tareas que tiene encomendadas.

En este sentido, la práctica ausencia de litigiosidad contenciosa frente a las decisiones del Tribunal, que no hay que olvidar que dicta resoluciones que tienen carácter ejecutivo, ponen en valor la tutela otorgada y los criterios que ofrece el Tribunal.

Puede afirmarse que este Tribunal, dentro de las funciones que tiene encomendadas al servicio tanto de los órganos de contratación, como de los operadores jurídicos y económicos del ámbito de la contratación pública, colabora con la mejora de la contratación pública mediante difusión de los nuevos recursos contractuales en cursos y jornadas, así como con la publicación de sus resoluciones y criterios doctrinales en su página web⁷. Para ello se han creado unas guías de procedimiento, se ha sistematizado la doctrina y se ha mejorado el buscador.

Con el objeto de unificar la doctrina, se mantienen contactos entre los diferentes órganos encargados de la resolución del recurso administrativo especial y la cuestión de nulidad y se han celebrado encuentros anuales de coordinación, para poner de manifiesto los principales problemas y cuestiones técnico-jurídicas que se plantean en la experiencia de funcionamiento de los indicados órganos, así como los distintos criterios sentados por cada uno de ellos para su solución conjunta y consensuada.

Por ello, en esta Memoria pretenden abordarse algunas de las cuestiones que se han manifestado como dudosas, doctrinal y técnicamente y ofrecer algunas recomendaciones a los órganos de contratación, a la luz de las

⁷ La página web <http://www.cccyl.es/tribunal/presentacion.html> difunde la referida doctrina, además de informar sobre otras actuaciones de carácter institucional.

resoluciones dictadas por el Tribunal en relación con algunas prácticas susceptibles de mejoras.

Por ello se acompaña como anexo un análisis de los criterios seguidos por el Tribunal, clasificado por materias, y una guía del procedimiento con los criterios del TARCCYL.

3.- ESTADÍSTICAS.

En cuanto a los recursos especiales en materia de contratación, durante el año 2012⁸ el TRACCYL dictó 31 resoluciones (5 de inadmisión, 9 estimatorias y 17 desestimatorias). En el año 2013 fueron 75 (29 de inadmisión, 22 estimatorias, 2 más aceptando el desistimiento, y 22 desestimatorias). Por su parte en el año 2014 continuó el incremento de actividad, al elevarse el número a 96 resoluciones (29 de inadmisión, 24 estimatorias y 43 desestimatorias).

En el periodo analizado (2012-2014) se han dictado 203 Resoluciones y 67 Acuerdos, todas ellas sobre recursos especiales. No se ha presentado ante el TARCCYL ninguna cuestión de nulidad.

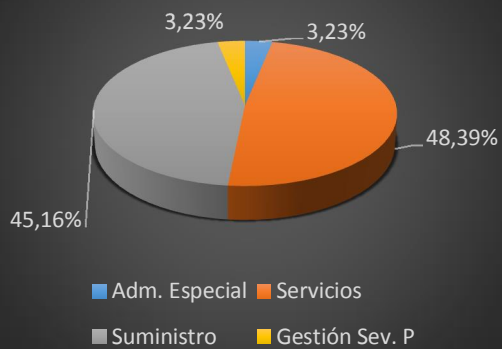
Durante el referido periodo, aproximadamente el 52 % de los recursos presentados eran dirigidos a contratos de servicios. El principal acto recurrido fue la adjudicación (48%), y el sentido de la resolución más frecuente fue la desestimación (aproximadamente un 40 % del total presentado).

Los datos constan en los gráficos que se adjuntan.

⁸ La primera Resolución no se dictó hasta el 13 de abril de 2012.

ESTADÍSTICAS AÑO 2012.

Contratos recurridos



2012	Núm.	%
Adm. Especial	1	3,23%
Servicios	15	48,39%
Suministro	14	45,16%
Gestión Sev. P	1	3,23%
TOTAL	31	100%

Acto impugnado



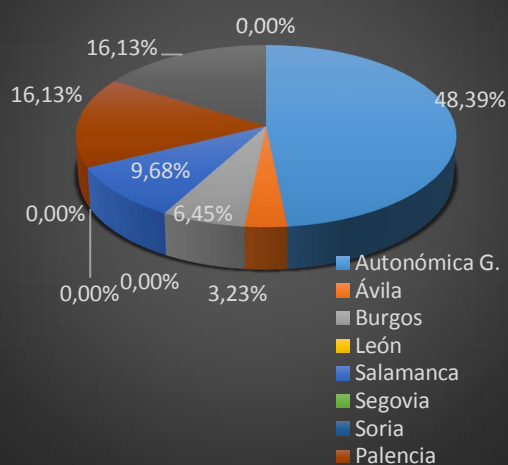
2012	Núm.	%
Adjudicación	14	45,16%
Exclusión	6	19,35%
Pliegos	7	22,58%
Otros	4	12,90%
TOTAL	31	100%

Sentido de la resolución



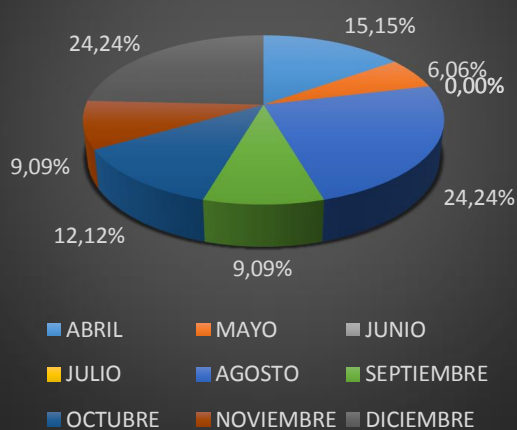
2012	Núm.	%
Desestima	17	54,84%
Desistidos	0	0,00%
Estimados	9	29,03%
Inadmitidos	5	16,13%
TOTAL	31	100%

Procedencia del recurso



2012	Núm.	%
Autonómica	15	48,39%
Ávila	1	3,23%
Burgos	2	6,45%
León	0	0,00%
Salamanca	3	9,68%
Segovia	0	0,00%
Soria	0	0,00%
Palencia	5	16,13%
Valladolid	5	16,13%
Zamora	0	0,00%
TOTAL	31	100%

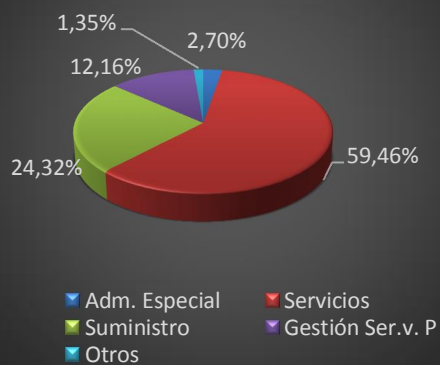
Fecha de interposición del recurso



2012	Núm.	%
ABRIL	5	15,15%
MAYO	2	6,06%
JUNIO	0	0,00%
JULIO	0	0,00%
AGOSTO	8	24,24%
SEPTIEMBRE	3	9,09%
OCTUBRE	4	12,12%
NOVIEMBRE	3	9,09%
DICIEMBRE	8	24,24%
TOTAL	33	100%

ESTADISTICAS AÑO 2013.

Contratos recurridos



Contrato	Núm.	%
Adm. Especial	2	2,67%
Servicios	44	58,67%
Suministro	19	25,33%
Gestión Ser. P	9	12,00%
Otros	1	1,33%
TOTAL	75	100%

Acto impugnado



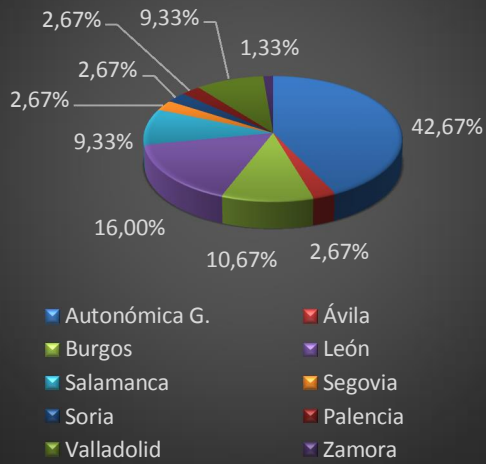
2013	Núm.	%
Adjudicación	32	42,67%
Exclusión	20	26,67%
Pliegos	15	20,00%
Otros	8	10,67%
TOTAL	75	100%

Sentido de la resolución



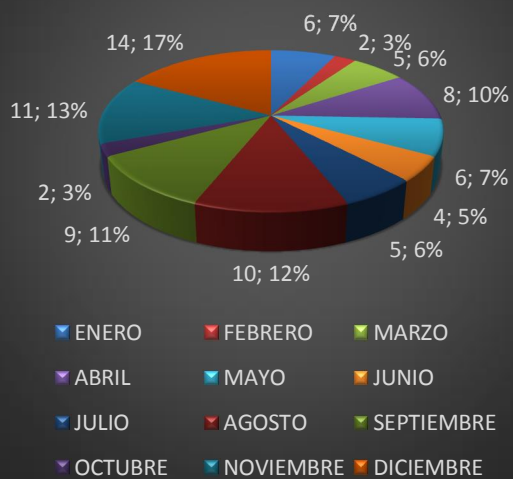
2013	Núm.	%
Desestima	22	29,33%
Desistidos	2	2,67%
Estimados	22	29,33%
Inadmitidos	29	38,67%
TOTAL	75	100%

Procedencia del recurso



2013	Núm.	%
Autonómica		
G.	32	42,67%
Ávila	2	2,67%
Burgos	8	10,67%
León	12	16,00%
Salamanca	7	9,33%
Segovia	2	2,67%
Soria	2	2,67%
Palencia	2	2,67%
Valladolid	7	9,33%
Zamora	1	1,33%
TOTAL	75	100%

Fecha de interposición del recurso

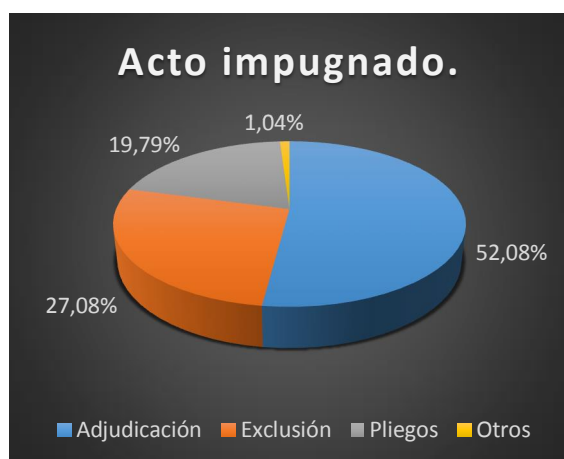


	Núm.	%
ENERO	6	7,32%
FEBRERO	2	2,44%
MARZO	5	6,10%
ABRIL	8	9,76%
MAYO	6	7,32%
JUNIO	4	4,88%
JULIO	5	6,10%
AGOSTO	10	12,20%
SEPTIEMBRE	9	10,98%
OCTUBRE	2	2,44%
NOVIEMBRE	11	13,41%
DICIEMBRE	14	17,07%
TOTAL	82	100%

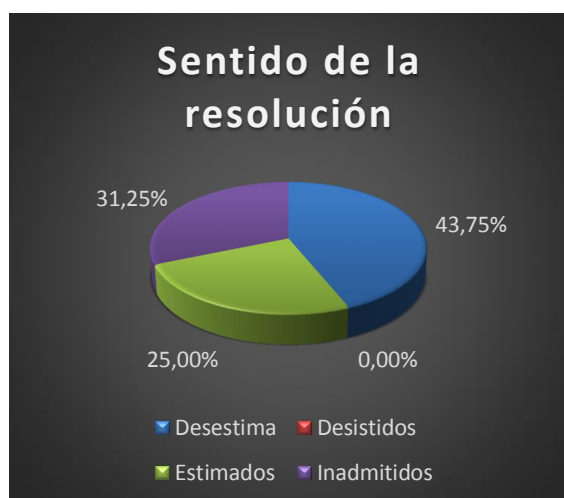
ESTADISTICAS AÑO 2014.



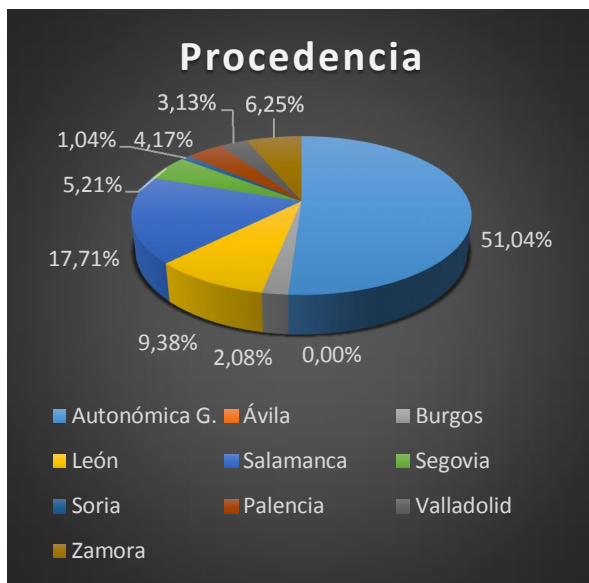
2014	Núm.	%
Obras	1	1,04%
Servicios	45	46,88%
Suministro	40	41,67%
Gestión Serv. P	10	10,42%
TOTAL	96	100%



2014	Núm.	%
Adjudicación	50	52,08%
Exclusión	26	27,08%
Pliegos	19	19,79%
Otros	1	1,04%
TOTAL	96	100%



2014	Num.	%
Desestima	42	43,75%
Desistidos	0	0,00%
Estimados	24	25,00%
Inadmitidos	30	31,25%
TOTAL	96	100,00%



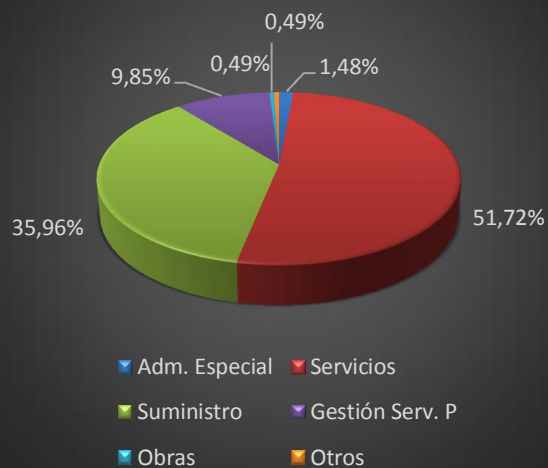
2014	Núm.	%
Autonómica G.	49	51,04%
Ávila	0	0,00%
Burgos	2	2,08%
León	9	9,38%
Salamanca	17	17,71%
Segovia	5	5,21%
Soria	1	1,04%
Palencia	4	4,17%
Valladolid	3	3,13%
Zamora	6	6,25%
TOTAL	96	100%



2014	Núm.	%
ENERO	7	7,29%
FEBRERO	15	15,63%
MARZO	12	12,50%
ABRIL	4	4,17%
MAYO	4	4,17%
JUNIO	3	3,13%
JULIO	12	12,50%
AGOSTO	4	4,17%
SEPTIEMBRE	5	5,21%
OCTUBRE	9	9,38%
NOVIEMBRE	9	9,38%
DICIEMBRE	12	12,50%
TOTAL	96	100%

ESTADÍSTICAS CONJUNTAS DE LOS AÑOS 2012-2014.

Contratos recurridos



2012-2014	Núm.	%
Adm. Especial	3	1,48%
Servicios	105	51,72%
Suministro	73	35,96%
Gestión Serv. P	20	9,85%
Obras	1	0,49%
Otros	1	0,49%
TOTAL	203	100%

Acto impugnado



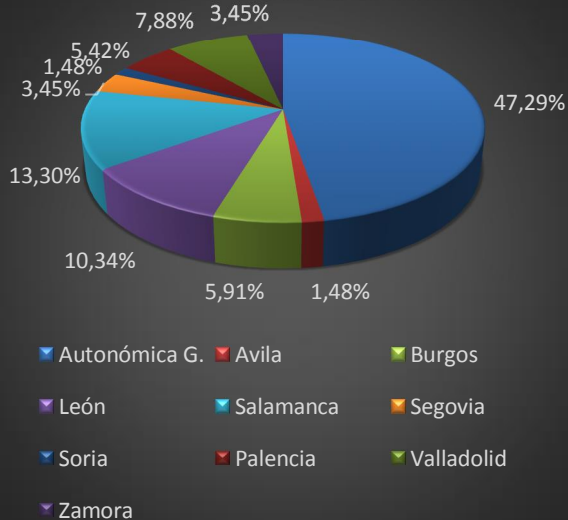
2012-2014	Núm.	%
Adjudicación	97	47,78%
Exclusión	52	25,62%
Pliegos	41	20,20%
Otros	13	6,40%
TOTAL	203	100%

Sentido de la resolución



2012-2014	Núm.	%
Desestima	81	39,90%
Desistidos	3	1,48%
Estimados	55	27,09%
Inadmitidos	64	31,53%
TOTAL	203	100%

Procedencia.



2012-2014	Núm.	%
Autonomía G.	96	47,29%
Avila	3	1,48%
Burgos	12	5,91%
León	21	10,34%
Salamanca	27	13,30%
Segovia	7	3,45%
Soria	3	1,48%
Palencia	11	5,42%
Valladolid	16	7,88%
Zamora	7	3,45%
TOTAL	203	100%

Fecha de interposición



2012-2014	Núm.	2012-2013
ENERO	13	6,13%
FEBRERO	17	8,02%
MARZO	17	8,02%
ABRIL	18	8,49%
MAYO	13	6,13%
JUNIO	7	3,30%
JULIO	17	8,02%
AGOSTO	22	10,38%
SEPTIEMBRE	17	8,02%
OCTUBRE	14	6,60%
NOVIEMBRE	23	10,85%
DICIEMBRE	34	16,04%
TOTAL	212	100%

4.- ALGUNOS CRITERIOS ADOPTADOS POR EL TARCCYL Y SU INCIDENCIA PRÁCTICA

4.1.- Los pliegos

La Administración contratante como el contratista encuentran en los pliegos la definición de sus derechos y obligaciones. Se trata de un documento esencial, clave en la contratación pública. Su relevancia jurídica y su configuración como base de la contratación ha llevado a la doctrina a acuñar la expresión de que “el pliego es ley del contrato.”

El TRLCSP, al igual que sus precedentes, distingue dos géneros de pliegos de cláusulas administrativas (artículos 114 y 115). En ambos casos, y como manifestación del principio de jerarquía normativa, los pliegos han de respetar lo establecido por la normativa de contratos. Y, de acuerdo con este mismo principio, los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante “PCAP”) y de prescripciones técnicas (en adelante “PPT”), habrán de respetar lo establecido por los pliegos generales, cuando hayan sido aprobados éstos. Igualmente los contratos han de ajustar su contenido al de los pliegos generales y particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de aquéllas.

Los pliegos de cláusulas administrativas o de prescripciones técnicas generales pueden ser aprobados por las distintas Administraciones Públicas previo dictamen del Consejo de Estado - en el caso de Castilla y León, previo informe preceptivo del Consejo Consultivo⁹-, resultando de aplicación a los contratos del mismo tipo que celebren en lo sucesivo.

Los PCAP, a diferencia de los generales, cuya aprobación es potestativa son de existencia obligatoria en todos los expedientes de contratación a excepción de los contratos menores. Por eso, el artículo 115.1 expresa en términos imperativos que “los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación.”

Respecto al contenido de los PCAP, el artículo 115.2 concreta que habrán de incluir “los pactos y condiciones definidores de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos”.

Al igual que el PCAP, el PPT deberá ser aprobado “con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación”, y su contenido es

⁹ Véase el artículo 4.1.i.3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León.

concretar el contenido de la prestación y definir sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la Ley (artículo 116 del TRLCSP).

Por último debe recordarse que los órganos de contratación pueden aprobar por razones de economía de gestión administrativa, pliegos tipo o modelos de pliegos particulares para determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga.

El artículo 67 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), relativo al contenido de los PCAP, dispone que “tienen que contener las declaraciones que sean específicas del contrato de que se trate y del procedimiento y la forma de adjudicación, las que se considere pertinente incluir y que no figuren en el pliego de cláusulas administrativas generales que, si ocurre, sea aplicable o estén en contradicción con alguna de éstas y las que a pesar de figurar no tengan que regir por una causa justificada en el contrato de que se trate”. Además tienen que incluir, con carácter general para todos los contratos, entre otros aspectos, “el presupuesto base de licitación formulado por la Administración, con la excepción que prevé el artículo 85, párrafo a), de la Ley, y su distribución en anualidades, si procede”.

Así pues, en los PCAP se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. Los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de dichos contratos.

Al margen del problema existente con los criterios de adjudicación y su valoración o con las mejoras, que son tratados de forma independiente, este Tribunal se ha pronunciado en numeras resoluciones sobre el contenido de los pliegos, su indeterminación o incongruencia¹⁰. A título de ejemplo, pueden destacarse las siguientes:

- La **Resolución 24/2012, de 22 de noviembre**¹¹, después de analizar el contenido que deben tener los pliegos y en concreto dónde y cómo debe figurar el presupuesto base de licitación, valora la posible existencia de una cláusula que podría beneficiar al titular actual de las instalaciones.

Se fundamenta el recurso en que la cláusula 2.2.3 del PPT vulnera los principios que deben regir en la contratación pública que se reflejan en el artículo 1 del TRLCSP, como son la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y

¹⁰ Por todas, las Resoluciones 12 y 24/2012, 26/2013, y 77 y 80/2014, sobre casos de indeterminaciones relevantes en los pliegos, o la Resolución 65/2014 sobre incongruencias.

¹¹ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2012/resolucion-24-2012>

transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y en el artículo 139 del TRLCSP, a cuyo tenor "Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia".

La citada cláusula dispone: "Todos los gastos derivados de la ejecución de los trabajos descritos anteriormente y los necesarios para asegurar la viabilidad técnica, administrativa, calidad y continuidad de las emisiones serán a cargo del adjudicatario.

»Además de lo que pueda indicarse en el pliego de condiciones de este procedimiento abierto respecto de gastos a satisfacer por el adjudicatario relacionados con el procedimiento, formarán parte del presupuesto de licitación, y deberán ser asumidos por el adjudicatario, todos los gastos asociados a los permisos, tasas, arrendamientos de infraestructuras de terceros, gastos de electricidad, consumos y modificaciones de potencia si fuesen necesarias, adaptación de equipos e instalaciones, contratos de servicio de disponibilidad de medios técnicos y humanos que considere necesarios, limpieza de centros y accesos, gastos derivados del cumplimiento de normativa de seguridad, salud y medioambiente, cumplimiento de normativa para la prevención de riesgos laborales, formación de empleados en trabajos de altura, trabajos técnicos, herramientas, vehículos, formación técnica, bancos de prueba, maquetas de laboratorio, instrumentación, combustibles, revisión periódica de sistemas anti-caídas y otros elementos de seguridad, según legislación vigente".

El recurrente considera que la citada cláusula "supone un perjuicio para la asociación recurrente y otros posibles ofertantes que no sean los titulares actuales de las instalaciones y estaciones, pues la asunción de los gastos que se refieren en el citado apartado, cuya cuantía no se concreta, y que se señala que formarán parte del presupuesto de licitación, limita la presentación de ofertas, pues el presupuesto base de licitación que se refleja en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el cuadro de características del contrato, que asciende a 11.976.950,00 euros (sin IVA), se vería incrementado en una cuantía indeterminada".

La exigencia que el presupuesto base de licitación conste en los PCAP está expresamente prevista en la normativa de contratos y sólo se encuentra exceptuada en el supuesto de que prevé la misma norma.

A este respecto, hay que señalar que la importancia de conocer el presupuesto de licitación es incuestionable, ya que determina la cuantía a la cual las empresas licitadoras tienen que ajustarse -para igualarla o mejorarla- en su oferta, la exigencia o no de clasificación empresarial, el importe de las eventuales garantías que tienen que prestar los licitadores y el importe del valor estimado del contrato el cual, al mismo tiempo, determina el procedimiento de contratación que tiene que seguirse para su adjudicación, así como la publicidad que debe darse al procedimiento de licitación y a los actos de adjudicación que de él deriven. Por otra parte, la fijación del presupuesto de licitación posibilita

garantizar la existencia de cobertura presupuestaria suficiente para hacer frente a la obligación que se derivará del contrato que se pretende licitar y efectuar una correcta estimación del importe del contrato -atendiendo el precio general del mercado- a fin de que la retribución del contratista consista en un precio adecuado por el efectivo cumplimiento del contrato.

El presupuesto base de licitación debe estar contenido en el PCAP, que recoge los derechos y obligaciones del contratista (y no en el PPT, que se refiere a los aspectos técnicos de la ejecución del contrato).

El Tribunal considera que "Los gastos que debe asumir el adjudicatario referidos en la cláusula objeto de recurso no están especificados y se indica que forman parte del presupuesto base de licitación, el cual debe estar claramente determinado a efectos de que los oferentes presenten sus ofertas en condiciones de igualdad y libre concurrencia".

En el presente caso "sólo conocen el coste del arrendamiento de las infraestructuras, además de la Administración, los actuales titulares de las instalaciones y estaciones actualmente en funcionamiento, lo que limita el ámbito del procedimiento de licitación a los adjudicatarios actuales pues, además, se prevé una coubicación mediante la utilización de las instalaciones actuales pero no se prevé la construcción de nuevas instalaciones, lo que podía suponer un coste menor que el hecho de arrendar las existentes.

»En relación con los argumentos esgrimidos por el órgano de contratación en cuanto a que los costes de la coubicación pueden conocerse por los licitadores antes de realizar su oferta al encontrarse publicados por los operadores dueños de las infraestructuras, hay que indicar que tal circunstancia debería estar prevista en los pliegos, en los que se señalará el modo en que los licitadores pueden acceder a éstos, circunstancia que no consta en los pliegos objeto de impugnación. Así, debe hacerse constar en el PCAP el presupuesto base de licitación del contrato y, en el caso de arrendamiento de las instalaciones, el lugar o modo en que los licitadores pueden tener conocimiento del precio de arriendo de aquéllas. En este caso la Resolución de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de 21 de mayo de 2009 dispone que los operadores dueños de las infraestructuras (casetas, torres, energía, etc.) con poder significativo en el mercado están obligados a publicar el precio de la coubicación, lo que se efectúa en su página web".

En el pliego, si no se concreta el precio del arrendamiento, debe hacerse constar de forma expresa el modo de conocer éste, puesto que, en caso contrario, existe una ocultación económica que supone una indeterminación del presupuesto base de licitación, al indicarse en el pliego que el arrendamiento de las instalaciones formará parte de dicho presupuesto¹².

¹² Respecto al resto de costes, el artículo 119 del TRLCSP dispone:

"1. El órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las

Por todo lo expuesto procede estimar el recurso interpuesto contra la cláusula 2.2 3 del PPT por las razones que a continuación se exponen:

1º.- El presupuesto base de licitación debe estar determinado en el PCAP y su importe se calculará conforme a lo establecido en el artículo 88 del TRLCSP por lo que debe concretarse su cuantía ya que, en caso contrario, se vulneran los principios de igualdad, libre concurrencia y publicidad.

2º.- En el presente caso, si como señala el órgano de contratación, el coste de los arrendamientos de la infraestructuras se encuentra publicado en la página web de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, ésta deberá hacerse constar en el pliego para garantizar que todos los licitadores conocen el precio de los arrendamientos y poder así realizar sus ofertas; si bien hay que tener en cuenta que ello puede modificar el presupuesto base de licitación establecido en los pliegos, con lo que se estaría vulnerando lo previsto en el TRLCSP en relación con los criterios que han de ser tenidos en cuenta para proceder a la determinación de los precios de los contratos.

Así pues se considera que la cláusula 2.2.3 del PPT debe anularse ya que, como ya se ha expuesto, el presupuesto base de licitación debe figurar concretado en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Respecto a los gastos a los que se refiere la citada cláusula deberían contenerse en la cláusula 17 del PCAP, que se refiere a las obligaciones y gastos exigibles al contratista con indicación del lugar donde pueden obtener información sobre éstos, en el caso de los arrendamientos de las instalaciones existentes.

- La **Resolución 74/2014, de 29 de octubre**¹³, analiza un acuerdo marco celebrado por el Estado y el contrato derivado licitado por la CCAA al amparo de la disposición adicional 32 del TRLCS relativa a la "Formalización conjunta de acuerdos marco para la contratación de servicios que faciliten la

obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato.

»2. El órgano de contratación que facilite la información a la que se refiere el apartado 1 solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, y protección del medio ambiente.

»Esto no obstará para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 152 sobre verificación de las ofertas que incluyan valores anormales o desproporcionados".

¹³

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-74-2014>

intermediación laboral”. Resulta particular la participación en la convocatoria de la licitación de las dos Administraciones que deben suscribir previamente un convenio al efecto.

El recurso es frente a los pliegos del contrato derivado que determinaron que la recurrente, adjudicataria del acuerdo marco, no fuera sin embargo convocada a participar en la adjudicación del contrato derivado.

Se examina el artículo 198.4 TRLCSP, relativo a un acuerdo marco con varios empresarios en el que no están definidos todos los términos del contrato:

“(…) De las particularidades procedimentales descritas, y en atención a la pretensión que se articula en el recurso, interesa destacar la expresada en el apartado a) transcrito, que permite al órgano de contratación no invitar a presentar oferta a todas las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco, con dos límites, uno cuantitativo, que al menos convoque a tres de ellas, y otro sustantivo, ligado a la salvaguarda de los principios de transparencia e igualdad de trato, que imponen la justificación suficiente en el expediente de la decisión adoptada al respecto.

»Junto a estos límites específicos, debe situarse igualmente el general que resulta del artículo 198.1 TRLCSP y que impide introducir en el contrato derivado variaciones sustanciales a los términos pactados en el acuerdo que le sirve de marco. Esta prohibición, aun cuando se intensifica en el caso del acuerdo marco celebrado con un único empresario previsto en el artículo 198.3 TRLCSP, opera igualmente en el concluido con varios empresarios. Señala aquel precepto que ‘Sólo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente partes en aquél. En estos contratos, en particular en el caso previsto en el apartado 3 de este artículo, las partes no podrán, en ningún caso, introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el acuerdo marco’.

»A este respecto, la cláusula 20 del PCAP del Acuerdo Marco 17/13 indica que los contratos basados en él ‘No podrán incluir prestaciones contrarias a las contempladas en el objeto del acuerdo marco y deberán respetar como precios máximos los resultantes de la adjudicación del acuerdo marco.

»Los términos del presente acuerdo marco formarán parte de los contratos que se adjudiquen basados en él’.

»La apreciación de si se han observado o no estas exigencias no puede hacerse más que en el momento en que, de conformidad con lo que prevé el artículo 198.4 del TRLCSP, deben concretarse los términos de la nueva licitación.

»Y es en este preciso momento, cuando si alguno de los licitadores considerase que se ha producido infracción del ordenamiento jurídico al precisar

tales condiciones, podrá impugnar en los términos previstos legalmente, el establecimiento de las mismas”.

El Tribunal concluye que “Con arreglo a lo expuesto, no se aprecia la infracción denunciada por parte de la fundación recurrente, puesto que el PCAP se ajusta a las determinaciones que en cuanto a la concreción de los colectivos destinatarios se contienen en el Acuerdo Marco, cuyo clausulado no fue impugnado sino, antes al contrario, fue asumido por aquélla, al participar en la licitación convocada para su adjudicación y al firmar el Acuerdo Marco con el Servicio Público de Empleo estatal”.

4.2.- El contrato incorrectamente calificado y la eventual recalificación por el Tribunal.

La posibilidad de recalificación de un contrato a los efectos de determinar la competencia del Tribunal y su declaración de nulidad en el supuesto de que el régimen jurídico del contrato recalificado resulte absolutamente incompatible con el régimen previsto en los pliegos aprobados, es un criterio compartido por todos los órganos que conocen del recurso especial.

En todo caso habrá que estar a cada supuesto concreto, con el fin de no alterar el principio de congruencia, ni lesionar los derechos de los interesados en supuestos en que pudiera concurrir causa que conlleve un interés en el recurrente de desistir del procedimiento.

Es relevante la calificación de un contrato dentro de un tipo contractual u otro, desde la perspectiva de la posibilidad de interponer recurso especial contra cualquiera de los actos del procedimiento de licitación comprendidos en el párrafo 2 del artículo 40 del TRLCSP. Por ello, es necesario analizar la naturaleza del contrato para determinar la propia competencia del Tribunal para impedir la posibilidad de que mediante la incorrecta tipificación de un contrato público se incumplan las normas y principios esenciales de la licitación pública¹⁴.

- La **Resolución 66/2014, de 25 de septiembre**¹⁵, examina un contrato calificado como de gestión de servicios públicos, cuando debería ser únicamente de servicios. Sin perjuicio de que más adelante se analizarán los criterios que los deslindan, en relación con la calificación de los contratos, la Resolución concluye:

¹⁴ Así lo advierte en la recomendación 1/2011, de 6 de abril, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que exige que la tipificación responda a una interpretación funcional corrigiendo prácticas que puedan eludir la aplicación de las Directivas (STJUE de 23 de octubre de 2009), en el mismo sentido las Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales 154/2013 y 220/2011.

¹⁵ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-66-2014>

“La previa calificación de un contrato en el pliego no excluye la posibilidad de que el órgano competente para conocer del recurso especial compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido en el TRLCSP y, por lo tanto, no vincula a efectos de la interposición de aquél. En este sentido, la doctrina de los Tribunales de contratos parte de que la competencia es una cuestión de orden público procesal que no puede quedar al albur de la tipificación que del contrato haga el órgano de contratación. Por ello, es preciso, con carácter previo, concretar la adecuada calificación jurídica del objeto del contrato, en aras a considerar si procede la interposición de uno u otro recurso”.

- La **Resolución 68/2013, de 28 de noviembre**¹⁶, analiza las peculiaridades de un contrato calificado como “contrato para la selección, mediante procedimiento abierto, de un socio privado para la constitución de una sociedad de economía mixta, destinada a la gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración”.

Se inadmite el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el acuerdo que adjudica el contrato.

Esta resolución hace referencia a las peculiaridades del contrato relativo a la selección de socio privado de la sociedad de economía mixta.

La gestión indirecta del abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado, se lleva a cabo en el supuesto analizado a través de la modalidad de sociedad de economía mixta en la que, de conformidad con el artículo 277 del TRLCSP, “la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”.

Las cláusulas 1ª y 2ª del PCAP indican al respecto que “El presente contrato tiene por objeto la selección de un socio privado especializado en la gestión del servicio municipal de abastecimiento, alcantarillado y depuración de agua, con el fin de constituir, junto con el Excmo. Ayuntamiento de (...), una Sociedad de Economía Mixta para la gestión del mencionado servicio público integral de agua, que viene descrito en este Pliego, Pliego de Prescripciones Técnicas y los anexos de ambos. (...).

»Una vez creada la Sociedad, la relación que vincule a la misma con el Ayuntamiento de (...) será la derivada de una concesión administrativa para la gestión indirecta de un servicio público, de conformidad con lo dispuesto en el art. 182 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) en concordancia con los artículos 114 a 137 del RSCL”. (A este respecto, dispone el artículo 182 del RGLCAP que “En los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del

¹⁶

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-ley/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-68-2013>

concesionario de servicios públicos”).

La adjudicación del contrato a la sociedad de economía mixta tiene, no obstante, como presupuesto que la elección del socio privado se efectúe con sujeción a las normas del contrato cuya ejecución constituya su objeto y que no se modifiquen las condiciones del contrato consideradas en la selección de aquél.

Así resulta de la disposición adicional vigésima novena del TRLCSP, sobre “Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado”, según la cual “1. Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado”.

Como señala el Informe 1/2012, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, esta disposición, que en términos similares se introdujo en la LCSP por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, “venía a dar carta de naturaleza, en nuestro ordenamiento jurídico de la contratación, al criterio contenido en la Comunicación interpretativa de la Comisión, relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público privada institucionalizada (CPPI) de 12 de abril de 2008, según el cual: ‘(...) Una de las posibilidades que se ofrecen para crear una CPPI conforme con los principios de la legislación comunitaria, evitando los problemas derivados de la doble licitación, es actuar de la manera siguiente: el socio privado es seleccionado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo cuyo objeto es el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto. La selección del socio privado va acompañada de la creación de la CPPI y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto’.

»Este criterio a su vez, ha sido refrendado por Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 15 de octubre de 2009, Asunto C-196/08, Acoset Spa contra Conferenza Sindaci e Presidenza della Prov. Reg. Di Ragusa y otros, relativa a la adjudicación del servicio de aguas a una sociedad de economía mixta y designación, mediante un procedimiento de concurso de su socio privado encargado de la explotación del servicio. El Tribunal de Justicia (...) argumenta que:

»` Aunque la inexistencia de licitación en la adjudicación de la gestión de unos servicios resulta incompatible con los artículos 43 CE y 49 CE y con los principios de igualdad de trato y de no discriminación, (...). En la medida

en que los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del servicio de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario, de modo que carecería de justificación un segundo procedimiento de licitación para seleccionar al concesionario”.

Aclara *in fine* el Informe 1/2012 que, pese al título de la D.A. 29ª TRLCSP “Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado”, su alcance no se reduce al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, tipificado en el artículo 11 TRLCSP, sino que se extiende a cualquier tipo de contrato, y que, la adjudicación directa a la sociedad de economía mixta, lo es del contrato preciso, concreto y determinado para el que se ha seleccionado el socio privado, pues “la Disposición adicional vigésima novena del TRLCSP, no permite adjudicar directamente, a una sociedad de economía mixta, los posibles contratos -a determinar en el futuro-, a modo de una suerte de reserva, de una clase de contratos relacionados con el ciclo del abastecimiento de agua, de forma genérica e indeterminada. (...)”.

4.3.- El deslinde entre el contrato de gestión de servicio público y los contratos de servicios

Los problemas prácticos derivados de la correcta definición o delimitación del contrato de gestión de servicios públicos¹⁷ del de servicios se han plasmado de forma reiterada en las resoluciones de todos los órganos administrativos que resuelven los recursos especiales en materia de contratación y en el propio TARCCYL¹⁸.

- Al respecto la referida **Resolución 66/2014, de 25 de septiembre**¹⁹, analiza un contrato indebidamente calificado como gestión de servicios públicos.

La tipificación de un contrato como concesión de servicio público exige la asunción del riesgo de explotación por parte del adjudicatario, nota en la que

¹⁷ Debe recordarse que la aprobación del nuevo paquete de Directivas comunitarias sobre contratación pública y concesiones incide en la redefinición del contrato de gestión de servicios públicos y en su acomodación a los tipos contractuales, al no aparecer el contrato de gestión de servicios públicos, sino otros diferentes como los contratos de servicios o las concesiones de servicios.

¹⁸ Por todas, se resuelven estos problemas en las Resoluciones del TARCCYL 11, 14, 54, 56, y 66/2014.

¹⁹ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-66-2014>

radica la diferencia fundamental respecto del contrato de servicios. Por ello es necesario analizar, en qué condiciones y con qué efectos se produce en este caso la transferencia del riesgo de explotación.

El informe 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, analiza la diferenciación entre ambas categorías contractuales a través de la descripción de los parámetros resultantes de la abundante jurisprudencia del TJUE en la materia. Indica en este sentido que "El TJUE ha reconocido que el operador asume el riesgo del servicio cuando cobra una parte significativa de su remuneración al usuario, de forma que el modo de remuneración del operador es, como en la concesión de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. Así el TJUE ha considerado como concesión de servicios casos en que la remuneración al operador provenía de los pagos efectuados por los usuarios de un parking público (STJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen), de un servicio de transporte público (STJUE de 6 de abril de 2006, ANAU) y de una red de teledistribución (STJUE de 13 de noviembre de 2005, Coditel Brabant).

»Ya la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario de 2000, recogía como una características de la concesión de servicios que 'el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo) cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario en particular mediante la percepción de tarifas en cualquiera de sus formas'.

»Ahora bien, la Comunicación también señala que 'aun en el supuesto de peajes ficticios, esto es, a cargo del concedente, el riesgo económico permanece si la remuneración depende del nivel de frecuentación'. Se admite, pues, que haya concesiones en las que la retribución del concesionario la abone íntegramente la Administración (sistema de *shadow tax*), en tanto el riesgo depende de la explotación de la empresa y no de si se abona o no directamente la tarifa por la Administración. Este criterio fue confirmado en la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Asunto Eurwasser.

»Aunque la vinculación de las remuneraciones al operador económico por el uso o frecuencia del servicio sea un elemento significativo de que existe concesión de servicios, lo determinante para la Comisión es que se haya transferido la responsabilidad de la explotación. De esta forma, en aquellos supuestos en que la retribución al operador económico está vinculada al uso del servicio, pero existen mecanismos de compensación por los que el poder público garantiza un nivel de beneficios o la ausencia de pérdidas, no podemos decir que se trate de una concesión. Es decir, depende de la existencia de riesgo el que el contrato sea de concesión o, en su ausencia efectiva, de servicios.

»Interesa por ello precisar qué se entiende por 'riesgo de explotación', que es algo distinto del riesgo y ventura inherente a todo contrato público. El 'riesgo de explotación' lo define la Comunicación como la responsabilidad sobre los aspectos técnicos, financieros y de gestión, que va más

allá del riesgo inherente a un contrato público, de tal forma que el concesionario asume los riesgos que derivan de las modificaciones normativas que afectan al objeto de la prestación (con excepción de los supuestos de *factum principis*), de las obsolescencias técnicas, etc., que son especialmente importantes en plazos de ejecución largos, como suele ser típico en todas las concesiones.

»El TJUE vincula asimismo el derecho de explotación con el riesgo. La STJUE de 10 de septiembre de 2009, Asunto Eurwasser (apartados 59 a 67), afirma: «De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios» y continúa señalando que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio por lo que «si la entidad adjudicataria sigue soportando la totalidad del riesgo sin exponer al prestatario a las incertidumbres del mercado, la atribución de la explotación del servicio requerirá la aplicación de las formalidades previstas en la Directiva 2004/18 para proteger la transparencia y la competencia».

»En el mismo sentido la Sentencia de 10 de marzo de 2011, Asunto Privater: «Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implique que el concesionario asuma el riesgo de explotaciones de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios».

»Especial interés merece la STJUE de 10 de noviembre de 2011, Asunto Norma-A, Dekan, respecto de la adjudicación de la prestación del servicio de transporte público por autobús urbano (en España actividad reservada y calificada como servicio público), en la que se concluye que aunque la remuneración al contratista consiste en el derecho a ser retribuido por los usuarios con arreglo a unas tarifas establecidas, el hecho de que la entidad adjudicataria deba compensar al prestador del servicio las pérdidas derivadas de la explotación y los gastos conexos, una vez deducidos los ingresos derivados de la explotación, incluida una cantidad en concepto de beneficio, llevan a concluir que se trata de un contrato de servicios.

»Por lo tanto, la jurisprudencia de TJUE exige para que exista concesión de servicios que en todo caso la remuneración al prestador se realice en función de la explotación, es decir del uso o frecuentación del servicio. Es indiferente que la retribución la obtenga el concesionario directamente de los usuarios o de la Administración. Sin este requisito no existe concesión. Y, por supuesto, será necesario que no existan mecanismos de compensación que anulen el riesgo inherente a este sistema de retribución».

Por su parte, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 12/10, de 23 de julio, en cuyos criterios descansa en buena

medida la doctrina de los diferentes Tribunales administrativos de recursos contractuales a la hora de establecer la diferenciación entre los tipos contractuales analizados, entre otras cuestiones, considera que si la retribución se establece de un modo cierto, variable e independientemente del grado de utilización del servicio por los usuarios, no existe asunción del riesgo de la explotación por el contratista y, por tanto, no puede ser conceptuado el contrato como de gestión de servicio público. La referencia del artículo 281.1 del TRLCSP, a que en la contraprestación del contratista en el contrato de gestión de servicio público se incluirá una retribución fijada en función de su utilización, que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración, confirma el criterio mantenido por el referido Informe. (En este sentido, Resolución 54/2014, de 31 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León).

Hay tener en cuenta, también, a los meros efectos interpretativos el contenido de la Directiva 2014/23 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que hace pivotar el concepto de concesión sobre la existencia de riesgo operacional, al señalar que hay transferencia del mismo al concesionario “cuando no está garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes” (artículo 5.2) y que la normativa de concesiones no estaría justificada si se aliviase al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes.

Así las cosas, en el supuesto analizado, el precio del contrato se satisface, por una parte, por los usuarios del servicio de forma directa y, por otra, por el propio Ayuntamiento, que aporta una cantidad hasta alcanzar la cantidad ofertada por el adjudicatario. La cláusula 4ª del PCAP (en adelante PCAP) indica al respecto que “Las tarifas que deben abonar los usuarios, fijadas por el Ayuntamiento como precio público, serán recaudadas mensualmente por la empresa gestora de la Escuela. En consecuencia, la empresa adjudicataria facturará mensualmente al Ayuntamiento una cantidad que establezca la diferencia entre las tarifas abonadas por los usuarios y el precio de adjudicación del servicio”. Según la jurisprudencia expuesta anteriormente, se establecería con ello un sistema de compensación del riesgo por parte del Ayuntamiento que anula el inherente al uso o frecuentación del servicio, por cuanto cualquiera que sea el nivel que éste alcance, la remuneración se ve completada por la Administración hasta alcanzar siempre el precio de adjudicación.

Por otra parte, nada dicen los pliegos acerca de la asunción por el contratista del riesgo de impago de las tarifas por parte de los usuarios, de modo que parece que tampoco le alcanzaría y se vería resarcido igualmente por aplicación de la compensación prevista en la citada cláusula 4 del PCAP. Esta tesis parece respaldarse por la Ordenanza reguladora del precio público por la prestación de este servicio de Escuela Infantil, incorporada al expediente, a la que se remite la cláusula 20ª del PCAP, cuando establece la exigibilidad de las

cuotas impagadas por la vía de apremio (artículo 6)²⁰.

En consideración a lo expuesto, de conformidad con el Reglamento (CE) 451/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, por el que se establece una nueva clasificación estadística de productos por actividades (CPA) y se deroga el Reglamento (CEE) 3696/93 del Consejo, la codificación de la nomenclatura de la Clasificación de Productos por Actividades CPA-2008, el objeto del contrato es 80110000-8. (Servicios de enseñanza preescolar) y así consta en el pliego, lo que se corresponde con la categoría 24 (Servicios de educación y formación profesional) del Anexo II del TRLCSP.

4.4.- La doctrina de los órganos de recursos contractuales sobre los presupuestos de gastos de primer establecimiento en el contrato de gestión de servicios públicos.

Al ser su identificación un problema frecuente, se reproducen los criterios que en esta materia tiene el TARCCYL, no antes sin advertir que son coincidentes con la establecidos por otros órganos de resolución de recursos especiales, y concretamente con la doctrina establecida fundamentalmente por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (por todos, los Acuerdo 4/2012 y Acuerdo 6/2013)²¹.

- En la **Resolución 63/2014, de 18 de septiembre**²², se analiza la necesidad de que los pliegos contengan un estudio económico administrativo y si se debe tomar en consideración una subvención para el cómputo de los gastos de primer establecimiento.

Se analiza si se cumplen las condiciones para que el contrato en licitación, que debe ser calificado como de gestión de servicio público, sea impugnabile por la vía del recurso especial en materia de contratación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 del TRLCSP, "Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el

²⁰ En relación con este aspecto, puede citarse la Resolución 92/2014, de 25 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que, en un caso similar y tras descartar la concurrencia de otros riesgos operacionales, consideró como único factor determinante de éste, la responsabilidad que se atribuía al contratista en el pliego en caso de impago de las tarifas por parte de los usuarios del servicio, apreciación que permitió al Tribunal, a diferencia del supuesto que nos ocupa, mantener la calificación del contrato como concesión.

²¹ Plasmada entre otras en las Resoluciones del TARCCYL 19, 51 y 71/2013; y 16, 22, 35, 49, 54, 56, 63/ 2014.

²² <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-ley/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-63-2014>

apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

»(...).

»c) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 € y el plazo de duración superior a cinco años”.

La exigencia de ambos requisitos es acumulativa; esto es, es necesario, inexcusablemente, que su plazo de duración sea superior a cinco años y que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros.

En el presente caso “Si bien el plazo de duración del contrato no presenta problema alguno, ya que es de 10 años con posibilidad de una prórroga de 5, hay que analizar lo que debe entenderse por ‘presupuesto de gastos de primer establecimiento’, y si éste rebasa o no la cantidad de 500.000 euros.

»El concepto de ‘presupuesto de gastos de primer establecimiento’, y en concreto ‘gastos de primer establecimiento’ no es una cuestión pacífica tanto para la doctrina (el Tribunal de Recursos Contractuales de Castilla y León ha analizado este concepto, entre otras, en las Resoluciones 19, 67, 68, y 71/2013, y 35, 54, y 56/2014) como para la Jurisprudencia, y son varias las interpretaciones y alcance dadas a la expresión, ya que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición de lo que deba entenderse por ‘gastos de primer establecimiento’.

»En determinados supuestos se acude a un concepto contable, entendido como las operaciones de naturaleza técnica y económica previas al inicio de la actividad de la empresa con motivo de ampliaciones de su capacidad. Véase al efecto la Consulta nº 3 al Instituto de Contabilidad y Auditoría de cuentas (ICAC), o el Informe 7/2008, de 11 de junio de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, según la cual ‘entiende este órgano colegiado que deberá establecerse caso por caso la imputabilidad de los costes que se integran en ese concepto’.

»El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) rehúsa el concepto contable (Acuerdo 4/2012 y Acuerdo 6/2013), y acude a los artículos 126.2 y 129.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955, y a su propia normativa en materia de contratos, para centrar la atención en ‘el coste de establecimiento del servicio’ para calcular la retribución prevista para el concesionario. Señala el referido Tribunal: ‘Es decir, se incluyen las inversiones precisas para poner en funcionamiento el servicio público, excluyendo los gastos de explotación futuros y las inversiones futuras’.

»Desde esta perspectiva, podría concluirse que cuando el artículo 40.1.c) alude a los contratos cuyo 'presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros', dicha expresión ha de entenderse únicamente alusiva al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir, a resultas de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido.

»Sentado lo anterior, procede examinar el expediente administrativo para constatar la previsión o no de tales gastos o inversiones, puesto que el contenido del presupuesto de gastos de primer establecimiento ha de venir determinado en el estudio económico que debe preceder a la celebración de todo contrato de gestión de servicios públicos, tal y como sostiene el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otras, en la Resolución 30/2011, de 29 de junio.

»En este sentido el artículo 132 TRLCSP para los contratos de gestión de servicio público, dispone que 'antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio'.

»Por su parte, el artículo 67.4 RGLCAP establece que el pliego de cláusulas administrativas particulares ha de expresar los aspectos jurídicos, económicos y administrativos del contrato y el artículo 183, también del citado Reglamento, dispone que los proyectos de explotación 'deberán referirse a servicios públicos susceptibles de ser organizados con unidad e independencia funcional. Comprenderán un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición, que deberá incorporarse por el órgano de contratación al expediente de contratación antes de la aprobación de este último', es decir, que el órgano de contratación al momento de aprobación del expediente conoce por medio del estudio económico administrativo del servicio los distintos datos precisos para valorar el importe, habida cuenta que ha de estar unido al expediente, antes de su aprobación, lo que implica que ha de ser realizado por el órgano de contratación y no valorado singularmente por cada licitador.

»En el presente caso, ni en los pliegos ni en el estudio económico-financiero del contrato analizado por este Tribunal, consta la existencia de los gastos de primer establecimiento por encima del umbral establecido en el artículo 40.1.c) TRLCSP para la admisibilidad del recurso especial. Conviene aclarar que si bien el artículo 1º del contrato se refiere también a la conversión de la piscina

de verano de San José en climatizada y a la realización de las obras de reforma y adecuación de las piscinas municipales, tales inversiones no se configuran en su primer año como precisas para poner en funcionamiento el servicio público. En este caso el servicio de gestión de piscinas municipales, del que es adjudicataria la propia recurrente, ya está en funcionamiento.

»La conclusión anterior resulta respaldada por la circunstancia de que en el estudio económico-financiero elaborado por la empresa recurrente tampoco se alude a la existencia de gastos de primer establecimiento.

»De lo señalado hasta ahora cabe concluir que los gastos de primer establecimiento no alcanzan la cuantía de 500.000 euros. Por ello, ya se acoja el concepto contable de gastos de primer establecimiento, que los considera como aquellos necesarios para que la empresa inicie su actividad productiva, ya se acoja el criterio del TACPA en el sentido de entender como tales gastos los necesarios para poner en funcionamiento el servicio público, en el presente contrato no puede considerarse que el presupuesto de gastos de primer establecimiento supere la cuantía referida. Este concepto no se recoge ni en el PACP ni en el PPT, pues el servicio ya está en funcionamiento.

»Finalmente cabe señalar, tal y como se expone en el informe del Interventor del Ayuntamiento de Salamanca de 16 de abril de 2014, que durante los años 2014 y 2015 el Ayuntamiento de Salamanca aportará al concesionario una subvención para financiar las inversiones que éste debe realizar para la mejora de las piscinas municipales según dispone el Anexo nº 2 del PCAP, las cuales no suponen obras o inversiones de primera instalación, por lo cual no se pueden configurar como un gasto de primer establecimiento para poner en marcha el servicio público de gestión de las piscinas municipales.

»Procede, pues, declarar la inadmisión del recurso por incompetencia de este Tribunal para su resolución, al tratarse de un contrato que está fuera del ámbito del recurso especial en materia de contratación, lo que hace innecesario el análisis de los restantes requisitos de admisibilidad del recurso e impide el examen de la cuestión de fondo”.

4.5.- El problema de la acreditación de las solvencias

Sólo pueden contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificados (artículo 54 del TRLCSP).

Son los órganos de contratación los que han de concretar los requisitos mínimos de solvencia exigidos para un contrato, así como los medios admitidos para su acreditación. Ahora bien, los documentos exigibles por los órganos de contratación como acreditación de la solvencia no son cualesquiera, sino que han

de ser algunos de los contenidos en el catálogo que el TRLCSP incorpora²³, si bien, el Derecho U.E permite que para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un licitador utilice medios ajenos, esto es, capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato²⁴.

Como se ha indicado, otra forma de acreditar la solvencia es la clasificación del empresario, de forma que la inclusión en un determinado grupo o subgrupo se tiene como prueba bastante de la solvencia para los contratos cuyo objeto esté incluido o se corresponda con el ámbito de actividades o trabajos de dicho grupo o subgrupo y cuyo importe anual medio sea igual o inferior al correspondiente a la categoría de clasificación en el grupo o subgrupo.

El TARCCYL tiene numerosas decisiones²⁵ en la materia, de las que a modo de resumen, deben destacarse las siguientes Resoluciones:

- La **Resolución 7/2012, de 18 de mayo**²⁶ examina un supuesto en el que no se presentan los documentos exigidos por los pliegos para acreditar la solvencia, sino una mera declaración de que se poseen. Al presentar el recurso sí que se aportan, incluso se constata que se poseían, pero se hace fuera del plazo establecido.

El Tribunal establece que “de acuerdo con el artículo 86.3 RGLCAP, no pueden admitirse documentos que no hayan sido entregados en el plazo de admisión de ofertas o en el de subsanación”.

- En la **Resolución 14/2012, de 30 de agosto**²⁷ se analiza cómo se realiza la clasificación. Se estima el recurso al exigirse una categoría superior a la que efectivamente correspondería.

²³ El artículo 74 del TRLCSP dispone que la solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación del catálogo previsto en los artículos 75 a 79 del TRLCSP.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de diciembre de 1999, Holst Italia, C-176/1998.

²⁵ Por todas, las Resoluciones del TARCCYL números 7, 14, y 21/2012; 8, 17, 23, 26, 31, 39, 41/2013; y 41/2014

²⁶ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2012/resolucion-7-2012>

²⁷ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2012/resolucion-14-2012>

“(…) la Administración, a la hora de determinar la clasificación exigible, debe tener en cuenta que el artículo 67.1 dispone: ‘La clasificación de las empresas se hará en función de su solvencia, valorada conforme a lo establecido en los artículos 75, 76 y 78, y determinará los contratos a cuya adjudicación puedan concurrir u optar por razón de su objeto y de su cuantía. A estos efectos, los contratos se dividirán en grupos generales y subgrupos, por su peculiar naturaleza, y dentro de estos por categorías, en función de su cuantía.

»La expresión de la cuantía se efectuará por referencia al valor íntegro del contrato, cuando la duración de éste sea igual o inferior a un año, y por referencia al valor medio anual del mismo, cuando se trate de contratos de duración superior”.

»Por otro lado, el artículo 46 RGLCAP, relativo a la ‘exigencia de la clasificación por la Administración’ en los contratos de servicios, dispone que ‘La clasificación que los órganos de contratación exijan a los licitadores de un contrato de servicios será determinada con sujeción a lo dispuesto en el artículo 36, con excepción de su apartado 4, y con la salvedad de que el número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, a que se refiere su apartado 2, párrafo a), no podrá ser superior a dos’.

»Por tanto, para la determinación de la categoría exigible al contratista deberá tenerse en cuenta el artículo 36.6, que dispone que ‘Cuando solamente se exija la clasificación en un grupo o subgrupo, la categoría exigible será la que corresponda a la anualidad media del contrato, obtenida dividiendo su precio total por el número de meses de su plazo de ejecución y multiplicando por 12 el cociente resultante’.

»Por razón de su objeto, la clasificación de los contratos se efectúa en grupos generales y subgrupos, según su naturaleza y, por razón de su cuantía, los contratos se clasifican en categorías, debiendo tenerse en cuenta que el importe a valorar a efectos de incluir el contrato en una u otra categoría, puede calcularse de dos modos:

»Por su importe íntegro, si el contrato no excede de un año.

»Por su valor medio anual, si el contrato excede de un año.

»En el presente caso es evidente la exigencia de clasificación pero, de acuerdo con lo expuesto, “la categoría exigible dentro del correspondiente subgrupo debe ser inferior a la señalada en el pliego de cláusulas administrativas particulares”. Esto es, la categoría “D” del subgrupo 5 del grupo T, está ceñida a los concursos con un valor de más de 600.000 euros. Al considerar la duración inicial del contrato por su importe íntegro (530.556 euros), se estaría por debajo de tal cuantía; de igual modo, en caso de considerar el valor medio anual, estaría

por debajo de tal umbral. Por consiguiente "cabe concluir que debió haberse exigido la categoría "C" del subgrupo 5 del grupo T".

»Por ello la Administración, en este punto, estableció una categoría superior a la que efectivamente corresponde, lo que de hecho redundaba en restringir injustificadamente la competencia al elevar los criterios de solvencia exigibles al contratista".

- La **Resolución 21/2012, de 16 de octubre**²⁸, examina si son discriminatorias determinadas cláusulas plasmadas para valorar la solvencia técnica y/o como criterio de adjudicación.

La Resolución señala que no "puede tenerse en cuenta en este caso, como señala en su escrito el recurrente, la cercanía y experiencia del licitador en la propia Comunidad Autónoma, a los efectos de valorar la solvencia técnica, puesto que resultaría un criterio restrictivo y, en definitiva, la fijación de una condición claramente discriminatoria no justificada.

»En este punto es preciso recordar que están prohibidos los criterios de solvencia, o de adjudicación, que primen los aspectos relativos a la nacionalidad o regionalidad de la empresa, como ha señalado de modo reiterado la jurisprudencia comunitaria²⁹, entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005.

²⁸

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2012/resolucion-21-2012>

²⁹ Conviene en este sentido tener en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, en su Sentencia de 24 de enero de 2008, en el asunto C-532/06, Lianakis, en aplicación de la Directiva 92/50, señala:

"27. En efecto, la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (denominados «criterios de selección cualitativa») especificados en los artículos 31 y 32 de dicha Directiva (véase, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 17).

»28. Por el contrario, la adjudicación del contrato se basa en los criterios establecidos en el artículo 36, apartado 1, de dicha Directiva, a saber, o bien el precio más bajo o bien la oferta económicamente más ventajosa (véase, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 18).

»29. Si bien es cierto que, en este último supuesto, los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 y que, por tanto, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa (véanse, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, las sentencias Beentjes, antes citada, apartado 19; de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartados 35 y 36, así como, respecto de los contratos públicos de servicios, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213,

»Sobre esta cuestión se ha pronunciado también el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 24 de septiembre de 2008 sobre los criterios relativos a la regionalidad, al señalar que “Ese proceder vulnera el principio de libre concurrencia porque beneficia a unas empresas frente a otras imponiendo un requisito que sirve para gozar de solvencia técnica que no está justificado y que permite alcanzar con mayor facilidad el umbral de puntuación preciso para ser invitado al concurso, y en consecuencia vulnera el principio de igualdad e incurre en discriminación”.

Señala asimismo el recurrente que “no se favorece en modo alguno empresas que posibilitan la integración de personas sordas, con la contratación de, al menos un 2% de personas sordas en su plantilla”.

En este sentido, el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa número 53/2008 señaló que la “Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (...) establece en su artículo 102 (artículo 118 del TRLCSP) que ‘los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo’ ”.

apartados 54 y 59, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartados 63 y 64).

»30. Por consiguiente, se excluyen como «criterios de adjudicación» aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión.

»31. Sin embargo, los criterios utilizados por la entidad adjudicadora como «criterios de adjudicación» en el caso de autos se refieren principalmente a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión. Se trata de criterios que versan sobre la aptitud de los licitadores para ejecutar dicho contrato y que, por tanto, no tienen la cualidad de «criterios de adjudicación», en el sentido del artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50.

»32. En consecuencia, procede declarar que los artículos 23, apartado 1, 32 y 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 se oponen a que, en un procedimiento de licitación, el poder adjudicador tenga en cuenta la experiencia de los licitadores, la distribución de los puestos de responsabilidad y su equipamiento y su capacidad de elaborar el proyecto en el plazo previsto como «criterios de adjudicación» y no como «criterios de selección cualitativa».

Indica el citado informe que “Si lo que se plantea es el establecimiento de la obligación de los órganos de contratación de incluir necesariamente entre los criterios de adjudicación de los contratos el mencionado en el párrafo anterior, claramente debe decirse que tal posibilidad es contraria a la literalidad de la Ley”.

Se indica que “(...) la Ley sólo exige el requisito de que los criterios a utilizar estén directamente vinculados al objeto de contrato, con lo que para determinar si es admisible o no como criterio de adjudicación la exigencia de que a la ejecución del contrato se dedique un número mínimo de trabajadores discapacitados, es preciso ante todo aclarar si tal exigencia cumple el requisito mencionado. En primer lugar, debe decirse que la propia Ley parece seguir un criterio contrario a la posibilidad de incluir esta exigencia como criterio para la valoración de las proposiciones, toda vez que en la disposición adicional sexta (disposición adicional cuarta del TRLCSP) le atribuye la virtualidad de otorgar preferencia en caso de empate entre dos o más proposiciones, con lo cual parece dar a entender que excluye la posibilidad de considerarlo como criterio de adjudicación. Por otra parte, el propio artículo 134.1 entre los criterios que menciona se refiere a uno solo de contenido social, cuando menciona las características ‘vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar’. Pues bien, este supuesto no abarca cualquier consideración de carácter social sino sólo aquellos contratos en que las prestaciones a contratar vayan destinadas a categorías de población especialmente desfavorecidas. En tales casos podrán establecerse criterios de adjudicación que tengan relación con las necesidades sociales cuya satisfacción constituya el objeto del contrato. Pero evidentemente no puede considerarse como el criterio social que permite valorar para la adjudicación a la oferta económicamente más favorable para el órgano de contratación la utilización de un determinado número o porcentaje de trabajadores con discapacidad.

»La exigencia de utilizar mano de obra que reúna determinadas características juega su papel en la contratación pública como condición de ejecución o en la forma prevista en la disposición adicional sexta ya citada, pero no como criterio de adjudicación”.

- La **Resolución 8/2013, de 14 de febrero**³⁰, considera que es el órgano de contratación -y no el recurrente- quien debe indicar cómo se acredita la solvencia técnica. La Administración contratante había optado por establecer en los pliegos una solvencia más amplia que la deseada por algunos interesados, con el objeto de abrir la concurrencia.

30

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-8-2013>

El PCAP del contrato dispone en el apartado 7 del Anexo I que "La solvencia técnica se acreditará de acuerdo con lo previsto en los artículos 78 y 79 del TRLCSP por cualquiera de los siguientes medios:

» Una relación de los principales servicios o trabajos análogos al que se refiere la presente contratación de transporte colectivo de viajeros, realizado en los últimos tres años, que incluya importes, fechas y el destinatario, público o privado de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público, cuando el destinatario sea un sujeto privado mediante un certificado expedido por éste o a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

»La relación de servicios o trabajos análogos deberán ascender, cada uno de los tres años tenidos en cuenta, a un importe mínimo del presupuesto anual del contrato".

El informe del Servicio de Contratación señala también que el órgano de contratación "consideró que la solvencia en el presente contrato debía acreditarse mediante `una relación de los principales servicios o trabajos análogos al que se refiere la presente contratación, de transporte colectivo de viajeros´, considerando, por lo tanto, como análogos `los de transporte colectivo de viajeros´ y no únicamente como se quiere hacer valer en el escrito presentado por el recurrente los de transporte urbano.

»A mayor abundamiento se debe tener en cuenta que, aunque inicialmente y de forma principal el objeto del contrato consiste en, como señala el propio recurrente, un servicio de transporte que discurre por el término municipal de Zamora, no se debe olvidar que de acuerdo con lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas que rige en la presente contratación, cláusula tercera:

»3. Los citados servicios se prestarán preferentemente en el ámbito territorial del Municipio de Zamora, si bien el adjudicatario prestará igualmente dichos servicios en cualesquiera otras localidades y/o municipios pertenecientes al denominado Alfoz de Zamora, si así fuera acordado por la Administración titular del servicio".

Se concluye que "La licitación de los contratos debe estar abierta a todas las entidades que, por razón de su actividad, puedan realizar la prestación que constituya el objeto del contrato".

- La **Resolución 26/2013, de 29 de mayo**³¹, analiza un supuesto en el que a la clasificación determinada los pliegos se le añade una solvencia adicional y en el que se valora la experiencia con criterios de territorialidad.

31

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla->

La solvencia del licitador es requisito para la contratación y la clasificación sería un modo de acreditar ésta, pero no el único. La clasificación es una fórmula administrativa para normalizar la verificación de la solvencia de los licitadores en determinados tipo de contratos. El artículo 62.2 del TRLCSP señala que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditarlos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, deberán estar vinculados a su objeto y ser proporcionales a éste, aunque lo que no parece deducirse con claridad, de conformidad con una interpretación estricta de los preceptos transcritos ("Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible"), es que puedan ser exigidos simultáneamente la clasificación del licitador y otros requisitos adicionales, más allá de los casos señalados en la ley (por ejemplo en los casos señalados en el artículo 64 del TRLCSP).

En el presente caso, "ni el informe del órgano de contratación ni aquéllos a los que éste se refiere se contiene apoyo legal alguno en que se base esta doble exigencia.

»El pliego, en su ordinal 8, establece que es exigible tanto la certificación acreditativa de la clasificación, como una serie de requisitos adicionales para poder optar a la adjudicación y señala diversos medios para acreditarla. En el presente contrato, pues, la clasificación no aparece de forma opcional, sino cumulativa junto con el resto de condiciones señaladas.

»Respecto al artículo 54 del TRLCSP, su tenor literal es similar al recogido en el artículo 15 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, artículo que ha sido objeto de pronunciamiento por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 48/1996, de 22 de julio: 'Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) entiende que la interpretación correcta de los apartados 1 y 3 del artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas únicamente puede conducir a la conclusión de que, en los casos en que sea exigible la clasificación, el órgano de contratación no puede exigir a los licitadores otros documentos justificativos de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, porque precisamente la clasificación sustituye a estas justificaciones'''.

La clasificación acredita la solvencia -no la capacidad de obrar del licitador- tanto la técnica y profesional como la económica y financiera. (Informe JCCA 7/96, de 7 de marzo). En aquellos supuestos en que es exigida, la clasificación es un requisito de capacidad especial, cuya inexistencia determina la nulidad del contrato (Informes de la JCCA 9/88, 10/91 y 8/00).

En definitiva, “la cláusula controvertida por la que se exigen, además de la clasificación de las empresas, una serie de requisitos adicionales, no se encuentra suficientemente justificada en el expediente, ni desde el punto de vista de su necesidad, ni de un amparo legal que permitiera su establecimiento”.

Por otro lado, “los requisitos que el artículo 78 del TRLCSP exige son, a su vez, mínimos y máximos, ya que fuera de ellos la Ley no prevé la posibilidad de exigir otros diferentes. En este sentido, véase el Informe 9/09, de 31 de marzo de 2009, de la JCCA o el Informe 7/2002, de 12 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, que afirma: “Los medios que se relacionan en estos artículos tienen carácter exhaustivo, lo que quiere decir que los órganos de contratación están carentes de la posibilidad de pedir otras referencias comprobables. Son medios tasados, de forma que sólo estos medios pueden ser requeridos como válidos para la acreditación de la solvencia técnica (Sentencia del TJCE de 10 de febrero de 1982, asunto 76/1981, Transporoute).

»Así, en cuanto al primero de los medios para acreditar la solvencia (‘Experiencia de más de cinco años en la realización de trabajos de instalación, mantenimiento, conservación y explotación de instalaciones con características técnicas similares en ciudades españolas de más de 100.000 habitantes’), debe señalarse que ni el plazo de experiencia exigido, ni la cláusula de territorialidad se consideran conformes a los principios que deben regir la contratación pública.

»En cuanto al plazo durante el cual se exige la experiencia, si se examina la letra a) del apartado transcrito se observa sin dificultad que el periodo temporal de los principales servicios o trabajos realizados, sería de ‘los últimos tres años’ y no de cinco como se señala en el presente caso.

»Por otro lado, no se contiene explicación alguna que justifique la exigencia de que la experiencia se circunscriba exclusivamente a ciudades españolas’

» (...) Sobre los criterios de territorialidad³², es preciso recordar que están prohibidos los criterios de solvencia, o de adjudicación, que primen los aspectos relativos a la nacionalidad o regionalidad de la empresa, como ha señalado de modo reiterado la jurisprudencia comunitaria, entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE) de 27 de octubre de 2005.

³² Sobre esta cuestión se ha pronunciado también el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 24 de septiembre de 2008 sobre los criterios relativos a la regionalidad, al señalar que “Ese proceder vulnera el principio de libre concurrencia porque beneficia a unas empresas frente a otras imponiendo un requisito que sirve para gozar de solvencia técnica que no está justificado y que permite alcanzar con mayor facilidad el umbral de puntuación preciso para ser invitado al concurso, y en consecuencia vulnera el principio de igualdad e incurre en discriminación”. El Informe 36/07, de 5 de julio de 2007, de la JCCA llega a idéntica conclusión.

»El TJCE también se ha pronunciado en numerosas ocasiones al indicar que el principio de igualdad de trato prohíbe no solamente las discriminaciones ostensibles basadas en la nacionalidad, sino también cualesquiera formas encubiertas de discriminación que, con arreglo a otros criterios de distinción, conducen de hecho al mismo resultado. (Sentencias del TJCE en el asunto C-225/98, de 26 de septiembre de 2000, y en el asunto C-3/88 de 5 de diciembre de 1989).

» (...) La inclusión en el pliego de una cláusula como la expuesta, que excede del periodo máximo de experiencia señalado en la Ley (artículo 78 del TRLCSP) y la exigencia de acreditar la experiencia circunscrita al territorio español (sin justificación alguna en cuanto a este extremo y dado que la licitación ha sido objeto de publicación en el DOUE) supone una restricción injustificada de la libre concurrencia que debe presidir la actuación contractual de los sujetos sometidos al TRLCSP.

»En definitiva, este Tribunal concluye que las previsiones del pliego respecto a los extremos antes expresados para acreditar la solvencia técnica o profesional de los licitadores contraviene lo dispuesto la Ley de Contratos del Sector Público al no encontrarse entre los documentos que pueden ser exigidos para tal fin en los contratos de servicios. (...)”.

Por todo lo expuesto, “en el presente procedimiento se detectan una serie de irregularidades relevantes que obligan a estimar el recurso ya que, a juicio de este Tribunal, el sistema elegido por el órgano de contratación para acreditar la solvencia técnica no se ajusta a lo dispuesto ni en el TRLCSP, ni en la normativa comunitaria que debe servir de referencia para su interpretación”.

- La **Resolución 17/2013, de 11 de abril**³³, analiza la diferencia entre los requisitos de solvencia y la habilitación empresarial, y examina los compromisos de adscripción de medios materiales.

El TRLCSP exige una serie de condiciones de aptitud mínimas para poder contratar con el sector público, que el artículo 146 denomina requisitos previos.

La habilitación empresarial del licitador se concreta, “en este caso, en la autorización de apertura de la delegación o sucursal en la provincia”. No es necesario tener una delegación abierta con anterioridad a la fecha límite de presentación de las ofertas pero, por el contrario, sí que será imprescindible contar con la autorización necesaria para la apertura de la correspondiente delegación.

33

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-17-2013>

El artículo 64 del TRLCSP establece que el órgano de contratación podrá exigir a los licitadores, si así consta en los pliegos, que, además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato medios personales o materiales suficientes para ello. En tal caso, estos compromisos se integrarán en el contrato y se les podrá atribuir el carácter de obligación esencial del contrato o establecer la imposición de penalidades en caso de incumplimiento.

“Pues bien, dado que el compromiso de adscripción de medios está expresamente excluido en el apartado F.1) del cuadro anexo al PCAP, el compromiso aportado por (...) de cumplir lo previsto en el artículo 17.2.b) del Reglamento de Seguridad Privada (apertura de delegación o sucursal) no puede incardinarse en este supuesto, como parece sugerir la empresa en su escrito de 1 de marzo. Por el contrario, la habilitación empresarial, exigida en el artículo 54.2 del TRLCSP y que el apartado G del cuadro anexo al PCAP concreta en la apertura de delegación o sucursal, es, como se ha indicado, una aptitud legal para contratar con el sector público, un requisito previo al contrato y, por ello, debe estar acreditada en la fecha de la adjudicación del contrato, ya que no puede adjudicarse el contrato a una empresa que carece de la habilitación necesaria para prestar el servicio (Resolución 30/2013, de 23 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales)”.

- En la **Resolución 23/2013, de 9 de mayo**³⁴, la cuestión de fondo consiste en determinar la conformidad a Derecho de la exclusión del licitador acordada por la Mesa de contratación por no acreditar la solvencia económica y financiera mediante declaración relativa al volumen global de negocios con I.V.A., puesto que no acredita alcanzar el doble del presupuesto máximo de licitación.

El recurrente “alega que, en cuanto al presupuesto de licitación, el apartado 5 del PCAP señala que ‘5.1. El presupuesto máximo de licitación del contrato asciende a la cantidad de 2.187.100 € incluido el IVA que deberá soportar la Administración, siendo el valor estimado del contrato 1.807.520, 66 € más 379.579,34 €, en concepto de 21% de IVA’.

»En virtud de tales cláusulas presentó declaración de volumen de negocios correspondientes a los dos últimos ejercicios, cuyo importe era 4.044.168,79 euros. Dicho importe supera el doble del presupuesto de licitación que debe tenerse en cuenta para dicho cálculo que, según el licitador, no puede ser otro que 3.615.041, 32 euros (1.807.520,66 euros x 2).

34

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-23-2013>.

Manifiesta que la Mesa de contratación ha tenido en cuenta para el cálculo del valor del contrato el IVA y considera que ello no es correcto.

»Indica asimismo que entender lo contrario resultaría incongruente, puesto que se estaría comparando su volumen de negocios de los últimos años (sin IVA) con un presupuesto de licitación calculado con IVA. Si añadieran el IVA a su volumen de negocios se superaría igualmente el doble del presupuesto de contratación”.

En apoyo de su pretensión señala que la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, en su informe 17/2009 de 21 de diciembre indica que “en la fase de preparación de los contratos hay que hacer referencia al valor estimado del contrato y al presupuesto de licitación (sin IVA)- que tiene que servir de base para celebrar la licitación pública y para determinar el precio futuro del contrato- y que, en cambio, en la fase de ejecución de los contratos procede hablar de precio del contrato (con IVA), el cual queda fijado con su adjudicación y se corresponde a la cuantía íntegra que tiene que percibir el adjudicatario por la ejecución del contrato”.

En el PCAP se indica que la solvencia económica deberá ser el doble del presupuesto máximo de licitación del contrato. No se fija una cantidad específica para acreditar la solvencia económica y financiera salvo la referencia al presupuesto de licitación del contrato, y en él se expresa una cantidad con IVA incluido.

El artículo 67 del RGLCAP, al enumerar el contenido mínimo que, con carácter general para todos los contratos, han de tener los pliegos de cláusulas administrativas particulares, incluye, en su apartado 2.c), el presupuesto base de licitación como mención necesaria en los pliegos, mientras que el artículo 84 del mismo Reglamento dispone que “si alguna proposición (...) excediese del presupuesto base de licitación (...) será desechada por la Mesa, en resolución motivada.”

La consignación del tipo impositivo del IVA es un concepto que viene impuesto por la normativa tributaria que resulte de aplicación y es ajena a la voluntad de los licitadores. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2002 indica que “la legislación de contratación de las Administraciones públicas no puede contener una regulación de la materia impositiva o tributaria, correspondiendo a los órganos de contratación velar por el cumplimiento de los requisitos de la adjudicación, pero no por los requisitos fiscales de los licitadores, en donde han de limitarse a ejercer un control meramente formal del cumplimiento de los mismos en la fase de adjudicación del contrato”.

En esta materia, además, conviene tener en cuenta que existen licitadores que pueden tener reconocido algún tipo de exención fiscal que le otorgue el beneficio de no repercutir IVA en sus operaciones sujetas al impuesto, o tratarse

de un licitador comunitario que pueda tributar en origen de acuerdo con la normativa reguladora del impuesto, o que sea la propia Administración la que a la hora de fijar el tipo impositivo aplicable, no haya establecido correctamente el que le sea de aplicación.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha elaborado una doctrina sobre los conceptos de precio, valor estimado y presupuesto de licitación. Así, el Informe 43/08, de 28 de julio señala que el precio del contrato constituye la retribución del contratista, y por tanto el precio debe entenderse como el importe íntegro que percibe el contratista por la ejecución del contrato, y que el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido forma parte del mismo, si bien debe de hacerse constar de manera separada.

En el Informe 07/08, de 29 de septiembre, se concluye que “la valoración del precio como criterio de adjudicación de un contrato sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público debe hacerse sin tomar en consideración el Impuesto sobre el Valor Añadido que recae sobre el mismo”.

En el Informe 07/08, de 29 de septiembre, se aborda la situación de aparente desigualdad que puede producirse desde el punto de vista de la repercusión del IVA cuando algunos de los licitadores que concurren a la licitación estén exentos del pago de dicho Impuesto y otros no, pues los primeros pueden presentar una oferta más barata, por no incluir el importe del IVA, que los segundos sí están obligados a incluir. En este informe se señala que “los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”) y concluye que “de conformidad con ambos artículos, y con objeto de evitar la discriminación que se derivaría de la diferente posición en relación con el pago del Impuesto sobre el Valor Añadido de los (...) licitadores, el importe de éste no debería tomarse en consideración a la hora de valorar el precio como criterio de adjudicación de los contratos”³⁵.

³⁵ En el citado Informe 43/08, de 28 de julio, en relación con tales conceptos señala que “Con referencia al valor de los contratos la Ley de Contratos del Sector Público utiliza tres conceptos principalmente que son precio, valor estimado y presupuesto, cuyas definiciones se contienen en los artículos 75 y 76 de la Ley y 131 del Reglamento.

»Junto a estos tres conceptos la Ley emplea otros términos no definidos por ella ni por las normas complementarias, entre los que cabe citar como más frecuentes cuantía, importe o valor íntegro. La determinación del significado concreto de estos términos debe hacerse en función del contexto en que se incluyen y por tanto, al menos en principio, no cabe hacer una definición genérica. No obstante, como regla general, cabe decir que deberán identificarse con el término que, en función de la fase en que se encuentre el contrato -fase de preparación y adjudicación o fase de ejecución- indique el valor del mismo con arreglo a la Ley. Así en la fase de preparación y adjudicación deberán entenderse los términos como referidos al presupuesto que deba servir de base para la celebración de la licitación pública y en la de ejecución deberá entenderse que los términos utilizados se refieren al precio de adjudicación del contrato, es decir el que deba percibir íntegro el contratista que hubiera resultado adjudicatario del contrato. Estas conclusiones, sin embargo, deberán matizarse en función del texto del artículo que contenga el

Por otro lado, a los efectos de la exigencia de clasificación de las empresas, para acreditar la solvencia del licitador se tiene en cuenta el valor estimado del contrato sin inclusión del IVA, tal y como señala la Circular 1/2011, de la Abogacía del Estado.

La Recomendación 1/2009, de 28 de mayo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, que parte de que el artículo 76.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (que disponía que "a todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido"), modificó el criterio que en relación con el importe de los contratos señalaba el anterior artículo 77 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en el que se indicaba que siempre que se haga alusión al importe o cuantía de los contratos, se entenderá que en los mismos está incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo indicación expresa en contrario), estima que el presupuesto de licitación no incluye el impuesto indirecto.

En cuanto al concepto de presupuesto de licitación, el Acuerdo 10/2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón señala que "El presupuesto de licitación, no está definido en la LCSP, pero del contenido del artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), referido al presupuesto en el contrato de obras, y de otros preceptos concordantes, se deduce que es el importe base de la licitación, IVA excluido, sin incluir las eventuales opciones, prórrogas y modificaciones. Es la referencia básica para que los licitadores realicen su oferta económica y debe aparecer en el PCAP tal y como dispone el artículo 67 RGLCAP".

Añade que "El presupuesto del contrato es el importe máximo limitativo del compromiso económico para la Administración, que debe ser objeto de la autorización del gasto, de acuerdo con el artículo 93 LCSP y se corresponde con el presupuesto de licitación, añadiendo el IVA correspondiente, puesto que esta cantidad también forma parte del gasto que el contrato va a suponer para la entidad contratante". Asimismo indica que "En la preparación del contrato la

término examinado.

»Con base a ello, siempre que el término empleado sea distinto de precio, valor estimado o presupuesto, deberá entenderse que, por regla general, si el artículo hace referencia a la fase de preparación o adjudicación del contrato, el término que se emplea (cuantía, importe o cualquier otro similar) deberá referirse al concepto de presupuesto, lo cual supone estar a lo dispuesto en los artículos 131, 189 y 195 del Reglamento, si bien, en ningún caso, deberá considerarse incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido."

Esta última conclusión es seguida en otros informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como el Informe 41/2010.

estimación correcta de estos conceptos económicos es fundamental y entre ellos tiene que existir una relación de concordancia o proporcionalidad, que permita a los licitadores conocer las condiciones económicas del contrato. Además, y por supuesto, estas cantidades tienen que quedar plasmadas con claridad en los pliegos y en el resto de la documentación del procedimiento de contratación”.

Además de lo ya señalado en cuanto a lo que se entiende por presupuesto de licitación, es preciso indicar que, en cualquier caso, el artículo 81.2 del RGLCAP dispone que “Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”.

En el Informe 18/10, de 24 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se indica que “el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”.

En este sentido, la cláusula 14 del PCAP del contrato dispone que “(...) La Mesa de contratación, a efectos de completar la acreditación de la solvencia de los licitadores, podrá recabar de éstos las aclaraciones que estime oportunas sobre las certificaciones y documentos presentados, así como requerirlos para la presentación de otros documentos complementarios, requerimiento que deberá ser cumplimentado en el plazo máximo de cinco días naturales y siempre antes de la declaración de admisión de las proposiciones”.

Por último la Resolución indica que “Tal y como señala el recurrente, de haber considerado que a los efectos de acreditar la solvencia, el presupuesto de licitación del contrato debía incluir el IVA (a pesar de lo manifestado sobre el concepto de presupuesto de licitación, teniendo en cuenta que en el PCAP se incluye el IVA), hubiera incluido tales importes en la declaración de la cifra global de negocio, con lo que se cumpliría sobradamente con la solvencia económica o financiera requerida. En este sentido, la Administración en materia contractual ha venido admitiendo el modelo 347 de declaración anual con terceras personas en el que se consigna el citado impuesto indirecto”.

- La **Resolución 41/2014, de 19 de mayo**³⁶, aborda el tema de si la acreditación de la solvencia técnica exigida otorga ventajas a las empresas que han contratado previamente con la Administración.

El recurso sostiene que la solvencia técnica exigida es nula de pleno derecho y cita el artículo 32.1.d) del TRLCSP, que dispone que son causas de nulidad de derecho administrativo: "Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de la Administraciones Públicas que otorgan de forma directa e indirecta ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier administración". Indica al respecto que, como no se fijan medios alternativos de acreditación de la solvencia para las empresas, no pueden acreditar que han contratado previamente con la Administración suministros de objeto similar.

En el caso examinado se dispone que la solvencia técnica puede acreditarse a través de "una relación de los principales suministros efectuados durante los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario".

El hecho de elegir un medio de acreditación de la solvencia -y no varios alternativos- no implica ninguna actuación irregular o ilegal y el medio previsto para la acreditación de la solvencia no implica, en modo alguno, una preferencia de la contratación realizada con la Administración frente al sector privado. El criterio elegido para acreditar la solvencia se refiere a suministros efectuados a cualquier entidad pública o privada.

- La **Resolución 59/2013, de 5 de noviembre**³⁷, estudia la distinción entre solvencia y habilitación, y la posibilidad de suplir el defecto de habilitación del contratista por la del subcontratista.

Se impugna un Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye a la empresa recurrente del procedimiento de licitación de un contrato de arrendamiento con opción de compra de instalaciones de producción de calefacción así como el suministro de gas natural.

Como se ha señalado, esta Resolución trata de la distinción entre solvencia y habilitación, y en particular, de la posibilidad de suplir el defecto de habilitación del contratista por la habilitación del subcontratista, siempre que la

³⁶

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-41-2014>

³⁷

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-59-2013>

subcontratación no esté prohibida por el pliego o por la naturaleza de la prestación y que el compromiso de subcontratación³⁸, se haya hecho explícito en la documentación presentada junto con la oferta.

En el caso analizado, si bien en principio no resultaba obstáculo para suplir el defecto de habilitación del adjudicatario con la de un hipotético subcontratista, no concurre el último de los requisitos señalados puesto que, según informa el órgano de contratación, "(...) la Universidad tras comprobar que ni estaba en la lista de empresas comercializadoras ni acreditaba un compromiso de suministrar gas a través de una empresa legalizada, procedió a notificárselo a través de un concreto plazo de subsanación que concluyó sin resultado.

»Además debe considerarse que, ante el silencio del pliego sobre el porcentaje máximo de subcontratación que autoriza, opera en este caso el límite del 60% del importe de adjudicación previsto por defecto en el artículo 227.2.e) del TRLCSP. Atendido el porcentaje de presupuesto que representa el suministro de gas sobre el total de licitación, según la distribución de anualidades que detalla el apartado B) del cuadro de características del PCAP, se comprueba que aquél excede del porcentaje establecido por la Ley a falta de mención del pliego, por lo que, y con la reserva del desconocimiento actual del importe de la oferta, tampoco sería posible la subcontratación total de la prestación de suministro de gas ni, por ende, que la habilitación de un eventual subcontratista pudiera suplir la falta de habilitación de (...) S.A".

4.6.- La capacidad y solvencia de las Uniones Temporales de Empresas (U.T.E.)³⁹.

El artículo 7 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional, establece que es un sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro.

Por ello, las U.T.E. son un sistema de agrupación de empresas que da lugar a un órgano sin personalidad jurídica, que tiene como fin la ejecución de una obra, servicio o suministro determinado. Cada empresa establece su porcentaje de participación.

Al no tener personalidad jurídica propia, los requisitos de capacidad y solvencia -al igual que el de clasificación- y la ausencia de circunstancias que prohíban la contratación, han de referirse a los miembros que la conforman y la solvencia de la que careciera alguno de ellos puede completarse con la que tenga

³⁸ Se cita la Resolución 130/2011, de 27 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

³⁹ El TARCCYL se ha ocupado de las U.T.E. entre otras, en las Resoluciones 6/2012, 13/2013, y 95/2014.

el resto de miembros de la U.T.E.⁴⁰

En cuanto a la identidad del objeto social de las empresas que integran la U.T.E. con el objeto del contrato, todas ellas tienen que acreditar al menos, una relación directa o indirecta, ya sea total o parcial entre su objeto social y el objeto del contrato, y eso con independencia de que dichas empresa estén clasificadas.

- En el caso de la **Resolución 6/2012, de 11 de mayo**⁴¹, se analiza si todas las empresas de una U.T.E. deben contar con un objeto social relacionado con el contrato y el límite temporal para subsanarlo.

En el presente caso "la Resolución de la Mesa de contratación de 29 de marzo de 2012 no admite a trámite la proposición presentada por la U.T.E.(...), debido, por una parte (...)no acredita el objeto social que le permite acceder a este tipo de contratación, según prevé la cláusula 2.2 del PCAP, y, por otra, (...) la escritura de (...), presentada en trámite de subsanación, aun cuando acredita el objeto social, no puede ser admitida al haberse formalizado con posterioridad a la finalización de presentación de proposiciones.

»Respecto de este segundo motivo no hay duda de que no pueden admitirse las alteraciones de la capacidad de los licitadores que se hayan producido válidamente una vez agotado el plazo de presentación de

⁴⁰ En el ámbito de contratación pública la U.T.E. se regula en el artículo 59 del TRLCSP que dispone:

»1. Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.

»2. Los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

»A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato.

»3. La duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente con la del contrato hasta su extinción.

»4. Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurren en la unión empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea y extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, los que pertenezcan a los dos primeros grupos deberán acreditar su clasificación, y estos últimos su solvencia económica, financiera y técnica o profesional".

⁴¹

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2012/resolucion-6-2012>

proposiciones.

»La falta de capacidad de un licitador tiene, de acuerdo con el artículo 54 del TRCLSP, los mismos efectos que las prohibiciones para contratar contenidas en el artículo 60 del TRLCSP. El artículo 81 del RGLCAP sólo prevé la posibilidad de enmienda para la acreditación documental de una circunstancia de capacidad que se disfrutase con anterioridad a la presentación de la oferta⁴².

»Por tanto, la enmienda de la falta de capacidad acreditada con posterioridad a la finalización del plazo de presentación de proposiciones, a pesar de que se produjo con carácter previo a la adjudicación o a la formalización de la UTE y del contrato, no puede ser admitida”.

La Resolución en relación con el primer motivo de exclusión, es decir, no acreditar el objeto social que le permite acceder a este tipo de contratación, señala que “la cuestión debe ser analizada detenidamente, de acuerdo con los pliegos que rigen la adjudicación del contrato y la normativa contractual que resulta de aplicación, así como los informes de las Juntas Consultivas de Contratación al respecto pues, en definitiva, se trata de una cuestión interpretativa.

»El órgano de contratación deberá verificar que la totalidad de las prestaciones del contrato quedan amparadas por los objetos sociales de las empresas agrupadas y que se garantiza la correcta ejecución de las prestaciones objeto del contrato⁴³.

»La técnico del Servicio de Contratación del Ayuntamiento de (...) señala en su informe de 27 de abril de 2012 que “La Mesa rechazó la proposición porque una de las empresas no cumplía el objeto social.

»No obstante si se interpreta la cláusula referida de forma conjunta con el artículo 24 del Reglamento de Contratos del Estado podría admitirse la proposición’.

⁴² La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda en su Informe 10/2003, de 2 de septiembre, señala que el artículo 81.2 del RGLCAP otorga la posibilidad de “que los licitadores aporten en un período temporal complementario, posterior a la presentación de las proposiciones, los documentos acreditativos de que en el período de presentación de proposiciones cumplían los requisitos y las condiciones establecidas en el pliego de cláusulas administrativas (...) sin que eso suponga alterar las condiciones comunes de participación en la licitación, como son la existencia de los requisitos legales exigidos en el periodo de presentación de proposiciones”.

⁴³ Al respecto el Informe 7/2005, de 4 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, señala que “Por tanto, hay que concluir que, independientemente de que las empresas que integran una UTE estén clasificadas y, si procede, les sean de aplicación las normas de acumulación de clasificaciones previstas en los artículos 31.2 del TRLCAP y 52 del RGLCAP, todas estas empresas tienen que acreditar, cuando menos, una relación directa o indirecta entre su objeto social y las prestaciones incluidas en el objeto del contrato”.

»De acuerdo con los artículos citados y la cláusula anteriormente reproducida, basta con que cada una de las empresas que integran la UTE reúna los requisitos establecidos en ellos y en el apartado 2.2.1 de la cláusula, al que se remite el apartado 2.2.3 de aquélla. Esto se cumple en el presente caso puesto que la empresa (...) ha acreditado: su capacidad de obrar, mediante la aportación de su escritura de constitución y estatutos debidamente inscritos en el Registro Mercantil; que no está incurso en una prohibición de contratar; su solvencia económica financiera y técnica o profesional mediante la presentación de una relación de los principales servicios y proyectos realizados en los últimos diez años tanto para el sector público como para el privado con los certificados que lo acreditan; que el personal técnico dispone de la habilitación empresarial o profesional, en este caso ante el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos; la titulación académica que, en su caso, es exigible para la realización de la actividad o prestación que constituye el objeto del contrato, así como los medios técnicos y materiales con los que cuenta.

»En cuanto a la adecuación del objeto social de la empresa, a los trabajos incluidos en la redacción del Plan General de Ordenación Urbana, hay que tener en cuenta, tal y como se ha puesto de manifiesto en la consideración jurídica 3ª de esta resolución, que la necesaria vinculación entre el objeto social de las empresas que integran la UTE y el objeto contractual debe interpretarse en sentido amplio y no restrictivo, por lo que es suficiente con que exista una relación indirecta, ya sea total o parcial, entre el objeto social y el del contrato. En definitiva la constitución de una U.T.E. tiene como finalidad la cobertura de las diversas prestaciones de un contrato y el órgano de contratación debe verificar si éstas quedan debidamente cubiertas con los objetos sociales de las empresas que integran la U.T.E.

»Según la cláusula 1 del PCAP el objeto del contrato es la asistencia técnica para la revisión y adaptación del P.G.O.U. de (...), conforme al P.P.T. elaborado por la arquitecta municipal y en el que se disponen las necesidades administrativas a satisfacer.

»El P.P.T. establece las condiciones técnicas que regirán la contratación de la consultoría y asistencia técnica para la revisión y adaptación del P.G.O.U. a la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, y a su Reglamento aprobado por el Decreto 22/2004, de 29 de enero, así como a sus modificaciones y al resto de normativa sectorial de aplicación, con especial atención a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo.

»La justificación del contrato es la adecuación del P.G.O.U. de (...) a las exigencias normativas en el ámbito del planeamiento urbanístico. En particular, cabe señalar las derivadas de nuevas disposiciones legales como son la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, la Ley 4/2007, de 28 de marzo, de Protección Ciudadana en Castilla y León, o la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

»El apartado 1 del artículo 52 bis de la Ley 5/1999, de 8 de abril, dispone:

‘Conforme a la legislación básica del estado en la materia, serán objeto de evaluación ambiental los instrumentos de planeamiento general que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, entendiendo como tales:

»a) Los instrumentos de planeamiento general y sus revisiones, en todo caso’.

»Del mismo modo se pronuncia el artículo 157.1 del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León.

»En el P.P.T. se describe el contenido de los trabajos del plan, entre los que se incluyen la elaboración de cartografía, informes arqueológicos, estudios acústicos, estudios ambientales. Así, en la cláusula 5.2 del P.P.T., referida a los documentos de información, análisis y diagnóstico, establece la (...) clasificación (...).

»El artículo 2 de los estatutos sociales de la empresa (...), establece como objeto social:

‘1.- Estudios, anteproyectos y proyectos de obras públicas y privadas.

»2.- Ingeniería de conservación de carreteras.

»3.- Telecentro de asistencia a la carretera e información al usuario.

»4.- Estudios de impacto ambiental, informes y estudios medioambientales, especialmente en las áreas de planeamiento urbano e infraestructuras viarias y ferroviarias, acústica ambiental, estudio y proyectos de medida de protección, estudios hidrológicos e hidráulicos (...).

»Por lo tanto, el objeto social de la citada empresa está indirectamente relacionado con el objeto del contrato y complementa el objeto social de la otra empresa integrante de la U.T.E, constituido por la ‘prestación de servicios, consistentes en actividades de medición, coordinación y ejecución de trabajos propios de los campos de la arquitectura y el urbanismo’.

»En el compromiso de constitución de la U.T.E. los representantes de las empresas acuerdan las participaciones que ostentan en aquélla (66,60% para la primera y 33,40% para la segunda).

»Así pues, teniendo en cuenta que la interpretación en este aspecto debe ser amplia en la medida en que la uniones temporales de empresas se

constituyen para cubrir las diversas prestaciones de un contrato, la proposición debe ser admitida”.

- **La Resolución 13/2013, de 27 de marzo**⁴⁴, analiza un caso de acumulación de las clasificaciones individuales de la U.T.E. a los efectos de reunir la totalidad.

En el presente caso, dos empresas presentan, entre la documentación administrativa, el compromiso de formalización de U.T.E. en caso de resultar adjudicatarias del contrato, con una participación del 98% y del 2% respectivamente.

Respecto a la clasificación requerida para concurrir al contrato convocado por la Consejería de Agricultura y Ganadería, el cuadro de características del PCAP en su apartado 8 exige la siguiente clasificación: Grupo N, Subgrupo 3, Categoría D. La cláusula 14 del PCAP en lo referente al sobre nº 1 “Documentación Administrativa General” en relación con las U.T.E.s dispone que podrán acumular sus clasificaciones individuales a los efectos de reunir la totalidad de los grupos o subgrupos exigidos, siendo necesario para ello que todas las empresas intervinientes en la agrupación hayan obtenido previamente la clasificación como empresa de servicios.

Una de las empresas acreditó hallarse clasificada en el grupo N, subgrupo 3, en la categoría D, que es el exigido por el pliego de la presente licitación.

La otra empresa no se encuentra clasificada en el grupo exigido por el pliego, si bien, sí está clasificada como empresa de servicios, tal y como se pone de manifiesto en la hoja del Registro Oficial de Empresas Clasificadas de 19 de diciembre de 2008.

Como se ha expuesto, la única exigencia de la Ley para poder proceder a la acumulación de las clasificaciones de las empresas que concurren en U.T.E. es que todas ellas se hallen clasificadas como empresas, en este caso de servicios, requisito que se cumple en el presente supuesto. Por tanto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52.2 del RGLCAP, resulta claro que la U.T.E. dispone de la clasificación requerida para participar en la licitación.

Diversos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa avalan dicha interpretación de la normativa de contratación⁴⁵.

44

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-13-2013>

⁴⁵ Cabe citar por la similitud con el caso que se examina los informes 46/02, de 28 de febrero de 2003 y 2/2004, de 12 de marzo de 2004. En el primero de dichos Informes, la Junta Consultiva señala, entre otras cuestiones que “en la clasificación para contratos de obras o de servicios las empresas integrantes de una unión temporal han de estar clasificadas necesariamente como contratistas de obras o de servicios, respectivamente, pero no en los mismos grupos y subgrupos exigidos”. En el informe 2/2004, por su parte, se afirma textualmente

- La **Resolución 95/2014, de 30 de diciembre**⁴⁶, resuelve una controversia sobre la exclusión de una U.T.E. por falta de clasificación de una de las empresas que la conforman. Se considera inaplicable al caso la sucesión del contratista regulada en el artículo 85 TRLCSP o la sucesión en el procedimiento del artículo 149 TRLCSP, y que es irrelevante la prohibición de subcontratación establecida en el PCAP.

En cualquier caso ha de tenerse en cuenta que, a la luz del actual artículo 146.1.b) del TRLCSP⁴⁷, la empresa que integrada o no en una UTE licite a un contrato para el que se exige clasificación, puede, en el momento de presentar la oferta no hallarse aun clasificada, siempre y cuando acredite que la ha solicitado. En todo caso habrá de acreditar haber obtenido la clasificación dentro del plazo que se le otorgue para la subsanación de defectos.

De acuerdo con ello, "la actuación de la Mesa de contratación al acordar la exclusión de la UTE licitadora, por falta de acreditación de la clasificación de (...), S.L. fue ajustada a Derecho, sin que esta conclusión se vea alterada por las alegaciones de la empresa recurrente, cuyos argumentos no pueden acogerse para eludir la aplicación de la norma en cuestión.

»En este sentido, pese a alegar la compra por la recurrente de las participaciones sociales de (...), S.L., lo cierto es que, como ella misma reconoce, dicha sociedad no se había extinguido, lo que unido a la forma elegida por ambas para concurrir a la licitación, con el compromiso de constitución de una UTE en la que participaban al 50%, determina la aplicación de las normas transcritas y la exclusión por su incumplimiento.

que "en las uniones temporales de empresarios, cuando una de las empresas que concurren en la unión ostenta la clasificación en el subgrupo exigido con categoría igual o superior a la pedida, la unión temporal alcanza directamente dicha clasificación con independencia del porcentaje que dicha empresa tenga en la unión".

⁴⁶ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-95-2014>

⁴⁷ Dispone el precepto lo siguiente:

"1. Las proposiciones en el procedimiento abierto y las solicitudes de participación en los procedimientos restringido y negociado y en el diálogo competitivo deberán ir acompañadas de los siguientes documentos:

»(...).

»b.- Los que acrediten la clasificación de la empresa, (...).

»Si la empresa se encontrase pendiente de clasificación, deberá aportarse el documento acreditativo de haber presentado la correspondiente solicitud para ello, debiendo justificar el estar en posesión de la clasificación exigida en el plazo previsto en las normas de desarrollo de esta Ley para la subsanación de defectos u omisiones en la documentación".

»Tampoco resulta de aplicación el artículo 85 del TRLCSP, como pretende la recurrente, puesto que el primer obstáculo con el que ello tropieza es el de la ausencia de perfección del contrato, ya que aquel precepto regula la sucesión del contratista. Señala este artículo que 'En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continua el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo'. Al inconveniente expuesto se suma, además, tal y como pone de manifiesto el informe del órgano de contratación, el de que no es posible que exista sucesión de personalidad jurídica entre la UTE y una empresa, dado que la UTE no dispone de citada personalidad jurídica. Se trae a colación en este sentido el informe de 7/2012, de 7 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, que concluye que 'De acuerdo con lo que dispone el artículo 85 del TRLCSP en el caso de un contrato del cual sea contratista una UTE no resulta de aplicación la sucesión -ni la consiguiente subrogación en todos los derechos y obligaciones que dimanen- por parte de una de las empresas que la conformaba, en el supuesto de extinción de la otra'.

Aunque la recurrente no invoca su aplicación, cabe indicar que el artículo 149 del TRLCSP, prevé en fase de licitación consecuencias similares a las que el artículo 85 del TRLCSP establece en fase de ejecución contractual, si bien que su aplicación exige en todo caso la extinción de la personalidad jurídica del licitador –con la dificultad manifestada al tratarse de una UTE- y la acreditación por la empresa resultante de la clasificación exigida en los pliegos, circunstancias que tampoco concurren en el caso analizado. Aquél dispone que "Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la adjudicación se produjese la extinción de la personalidad jurídica de una empresa licitadora o candidata por fusión, escisión o por la transmisión de su patrimonio empresarial, le sucederá en su posición en el procedimiento las sociedades absorbentes, las resultantes de la fusión, las beneficiarias de la escisión o las adquirentes del patrimonio o de la correspondiente rama de actividad, siempre que reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibiciones de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación".

Finalmente, "la alegación relativa a que la prohibición de subcontratación establecida en el PCAP abocó a la recurrente a licitar en UTE, tampoco permitiría la inaplicación por la Mesa de los preceptos que imponen la acreditación de clasificación por parte los integrantes de la UTE. La posibilidad de que el PCAP no admita la subcontratación se encuentra amparada en el artículo 227 del TRLCSP. Junto a ello debe tenerse presente que la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, derogó el segundo párrafo del artículo 65.1 del TRLCSP que disponía que 'En el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el subgrupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta

porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del 50 % del precio del contrato'. Además de que esta derogación en sí misma permite poner en duda la subsistencia de preceptos reglamentarios similares (artículo 36.3, en relación con el artículo 46 del RGLCAP), lo cierto es que, en este caso, relacionando el objeto del contrato definido en el pliego con la clasificación exigida, grupo V 'Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones' subgrupo 2 'Servicios de desarrollo y mantenimiento de programas de ordenador', puede afirmarse que no se está ante los servicios especializados cuya existencia es presupuesto de aplicación de aquella opción. Como señala la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 108/2013, de 16 de enero 'Efectivamente, del artículo 54 del LCSP antes citado (actual artículo 65 TRLCSP), resulta que la regla general es que es requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado, siendo excepciones los casos en que no se exige clasificación. Por ello tales excepciones han de ser interpretadas en sentido estricto. Así las cosas, la posibilidad de subcontratar para suplir la clasificación se circunscribe, en el precepto citado, a los casos en que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional; y sólo en tal caso es posible acudir a tal instrumento para suplir la clasificación'''.

4.7.- Los criterios de adjudicación y su valoración.

El principio de igualdad de trato, piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica que todos los potenciales licitadores deben conocer las reglas y criterios que se van a tomar en consideración, y éstos se deben aplicar a todos de la misma manera.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la U.E. se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato conlleva no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad⁴⁸.

El artículo 86 del TRLCAP indica que en los PCAP del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, y a continuación enuncia una lista abierta de criterios (el precio, fórmulas de revisión, plazo de ejecución o entrega, calidad, rentabilidad, valor técnico, mantenimiento, características estéticas o funcionales⁴⁹...). Estos criterios, que

⁴⁸ En este sentido Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau*, y de 19 de junio de 2003, *GAT*.

⁴⁹ El artículo 150 del TRLCSP en relación con los criterios de valoración de las ofertas dispone en sus apartados 1 y 2.

"1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente

deben permitir la selección mediante la comparación objetiva de las ofertas recibidas, se deben plasmar en los pliegos por orden decreciente de importancia en función de la ponderación que se les atribuya. El órgano de contratación tiene amplias facultades para la elección, siempre motivada, de los criterios de adjudicación con el objetivo último de elegir la oferta económicamente más ventajosa y con ello satisfacer el interés público que se trata de conseguir.

Sobre la necesaria concreción en el PCAP de los criterios de adjudicación de los contratos, el artículo 150.2 del TRLCSP prevé que “Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo”.⁵⁰

Por su parte, el artículo 22.1.e) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, asigna a la Mesa de contratación en los procedimientos abiertos de licitación la función de valorar las distintas proposiciones, en los términos previstos en los artículos 134 y 135 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (remisión que hoy se corresponde con los artículos 150 y 151 del TRLCSP).

El artículo 115.2 del TRLCSP establece que “En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo”. En consonancia con ello, el artículo 145.1 del TRLCSP dispone que “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas

más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

»Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

»2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo”.

⁵⁰ En el mismo sentido, y con las adaptaciones terminológicas precisas en orden al procedimiento y forma de adjudicación, el artículo 67.2.i) RGLCAP, entre las determinaciones que conforman el contenido mínimo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares incluye los “Criterios para la adjudicación del concurso, por orden decreciente de importancia, y su ponderación”.

particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.

Así pues, los criterios de valoración enumerados en el PCAP son, simultáneamente, elementos caracterizadores del objeto del contrato y elementos que determinan la adjudicación y, por lo tanto, elementos orientadores para la elaboración de la oferta (en cuanto se refiere al licitador) y elementos determinantes de la adjudicación (en lo referente al órgano de contratación).

Por todo ello, la legislación de contratos del sector público, en consonancia con los objetivos de la Directivas europeas⁵¹, persigue que los criterios de valoración de las ofertas estén claramente delimitados y tengan relación con el objeto del contrato, que sean suficientemente conocidos por los licitadores y que se apliquen por igual a todos ellos, de modo que, en ningún caso se otorgue al órgano de contratación un poder de elección desmedido o ilimitado. Esta intención se intensifica aún más en la evaluación que se realiza mediante fórmula

⁵¹ Debe subrayarse la excepcional importancia que tiene en materia la jurisprudencia comunitaria. La contratación pública nacional es un ámbito sometido a un continuo proceso de europeización y en el mismo encontramos abundantes ejemplos de incorporación y aplicación de reglas europeas a través de las STJUE. Debe tenerse presente que las Directivas sobre contratación, Derecho común de la contratación pública, tienen un contenido esencialmente “adjudicador”, esto es, por regla general no disciplinan la ejecución de los contratos, tanto por las peculiaridades nacionales sobre la disciplina como porque las normas U.E. se adoptan en el marco de la realización del Mercado Interior, en el que esté garantizada la libre circulación (STJUE Teleaustria de 7 de diciembre de 2000, C-324/98). Este es precisamente el fundamento último de la consolidada jurisprudencia U.E. existente en materia de criterios de adjudicación.

Redunda en interés del Derecho U.E. que se garantice la participación más amplia posible de licitadores en una licitación (Sentencia de 19 de mayo de 2009, Assitur, C-538/07), por lo que cobran especial intensidad los principios de igualdad y de transparencia (Sentencia de 12 de marzo de 2008, Evropaiki Dynamiki, T-345/03), que constituyen la base de las Directivas en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

Así, todos los interesados deben partir en igualdad de condiciones y disponer de las mismas oportunidades al formular sus ofertas (Sentencias de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau, C 470/99, y de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C 213/07), por lo que debe darse la adecuada publicidad al procedimiento; los pliegos no pueden contener discriminación alguna por residencia o nacionalidad (Sentencias de 7 de diciembre de 2000, Teleaustria, C-324/98; 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03; 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia, C-264/03); deben ser conocidos todos los criterios que el órgano de contratación tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y su ponderación (Sentencias de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94; de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99; y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99), por lo que no pueden aplicarse reglas o subcriterios relativos a los criterios de atribución de puntuaciones que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores (Sentencia de 24 de enero de 2008, Lianakis y otros, C-532/06); los pliegos deben detallar las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores (Sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfelher GMBH); y por último los órganos de contratación deben ceñirse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (Sentencia de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C 448/01).

matemática, en la que todos los elementos a considerar en ella, deben estar perfectamente reglados y resumidos en la fórmula a aplicar, de suerte que a través de este método de valoración se anula el margen de discrecionalidad técnica que, por contraposición, resta al órgano de contratación en la evaluación sujeta a un juicio de valor.

El TARCCYL tiene abundantes resoluciones referidas tanto a la regularidad de los criterios de adjudicación plasmados en los pliegos⁵² y sus efectos⁵³, como a su modo de valoración⁵⁴.

No obstante, respecto a este último aspecto, hay que recordar una premisa que a modo de advertencia realiza reiteradamente el TARCCYL⁵⁵: "el análisis de los asuntos que se somete a la consideración del Tribunal, en relación con la incorrecta valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor, deben quedar circunscritos a los aspectos formales de la valoración. La aplicación de criterios de adjudicación a los elementos evaluables mediante juicios de valor está excluido de las facultades del Tribunal, pues este Órgano no puede sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otro, ya que ello supondría sustituir el juicio de un órgano experto competente para ello por el juicio de este Tribunal. Ello no obsta para que el Tribunal pueda analizar dichas valoraciones, pero tal examen debe quedar circunscrito a sus aspectos formales, tales como normas de competencia o procedimiento, la vigilancia de que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios (en consonancia con los artículos 1 y 139 del TRLCSP) o que no se haya incurrido en error material"⁵⁶.

⁵² Por todas las Resoluciones del TARCCYL números 12, 24, 27, 29, 31/2012; 26, 45 y 47/2013; 10, 13, 19, 20, 65, 77 y 84/2014.

⁵³ Resoluciones de este Tribunal números 9/2012 y 26/2013.

⁵⁴ Por todas, las Resoluciones del TARCCYL números 21/2012; y 24, 38, 84, 90/2014.

⁵⁵ Advertencia expresada, entre otras, en las Resoluciones del TARCCYL números 4, 19, 11, 16, 28, 30/2012; 5, 11, 18/2013; y 3, 23, ,39, 43, y 81/2014.

⁵⁶ La doctrina de la discrecionalidad técnica se ha acogido plenamente por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (a título de ejemplo, puede citarse la Resolución 18/2013, de 11 de abril, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, la Resolución 197/2013, de 29 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, o la Resolución 118/2013, de 8 de octubre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Como se ha señalado, ello supone que, al tratarse de aspectos que se evalúan con criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe limitarse de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios o que no se haya incurrido en omisión o error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

- La **Resolución 6/2014, de 16 de enero**⁵⁷, después de plasmar la doctrina constitucional sobre la discrecionalidad técnica y la tutela efectiva, examina si la actuación del órgano de contratación se ha ajustado en su valoración a los límites reconocidos por la jurisprudencia o si tales límites se han rebasado y se ha incurrido en una conducta arbitraria.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000 señala a este respecto que la “discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados -cuando éstos existan-, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”.

Asimismo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 219/2004, de 29 de noviembre, y 39/1983, de 16 de mayo (criterio recogido, entre otras, en las Sentencias de 6 de marzo de 2007, 23 de noviembre de 2007 y 15 de septiembre de 2009, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo) sostienen que “la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad”.

Continúa señalando la Sentencia 219/2004, antes citada, que “Como se desprende de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional (por todas, STC

⁵⁷

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-6-2014>

86/2004, de 10 de mayo), lo que no pueden hacer los tribunales de justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012, entre otras, declara que “la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción “iuris tantum” sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”.

De acuerdo con la doctrina expuesta, el Tribunal “no aprecia que el informe técnico de valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor esté incurso en arbitrariedad, ya que no existe error material, la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica de la Administración, existe motivación adecuada y suficiente y el informe está suscrito por dos técnicos del Servicio de Administración Tributaria que van a realizar el seguimiento del contrato, según se indica por el Ayuntamiento”.

Así, se observa que el PCAP establece como criterio dependiente de un juicio de valor el proyecto de trabajo, que se ponderará hasta un máximo de 40 puntos; y que para tal valoración “Se presentará una memoria técnica en la que se detallarán los criterios organizativos y el plan de trabajo propuestos para el correcto y fiel desempeño de los servicios a prestar. Se valorará en función de las garantías que ofrezca a tenor de la organización y metodología propuestas, así como de los recursos humanos y materiales asignados para la ejecución del contrato”.

La Resolución considera que “El informe técnico valora, con una descripción suficiente, cada uno de los aspectos referidos en el pliego de cada oferta, y atribuye una única puntuación global, no por diferenciada por apartados, a cada oferta. Además, no se aprecia que la puntuación global otorgada no se corresponda con la descripción de cada una de las ofertas, sino que se estima adecuada y razonable.

»La valoración global y no por apartados no puede considerarse arbitraria, como afirma la recurrente, sino que forma parte de la discrecionalidad técnica con la que el órgano de contratación debe valorar las ofertas presentadas,

sin que sea exigible, salvo que los pliegos así lo prevean de manera expresa, el otorgamiento de una puntuación diferenciada para cada uno de los subcriterios a valorar.

»Tampoco deben ser acogidas las alegaciones de que el precio tiene una importancia desmesurada y de que la adjudicataria no ha presentado dato alguno sobre el local que está obligada a tener para la prestación del servicio.

»En este sentido, son correctos los argumentos expuestos en su informe por el órgano de contratación, al señalar que la mayor ponderación del precio establecida en el PCAP respeta lo previsto en el artículo 150.2 del TRLCSP (que otorga preponderancia a los criterios que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos); y que la obligación de disponer de un local, oficina o establecimiento para el desarrollo de las funciones propias del contrato es una obligación de la adjudicataria, tal y como se indica en el apartado 5 del PCTE ('Obligaciones del adjudicatario') y, por tanto, es exigible durante la prestación del servicio y no constituye un requisito que deben cumplir los licitadores con carácter previo a la adjudicación.

»Debe recordarse que los pliegos que rigen la licitación constituyen su ley, lo que implica que los licitadores, que no lo han recurrido y el órgano de contratación han de asumir su contenido y ajustarse a él en la presentación de proposiciones y en las decisiones a adoptar en el procedimiento de adjudicación”.

- En el caso de la **Resolución 24/2014, de 10 de marzo**⁵⁸, se considera que como los criterios de valoración deben estar vinculados directamente con el objeto del contrato, carece de razonabilidad valorar únicamente los aspectos formales de una oferta, como el presentar una descripción detallada o sencilla, cuando lo relevante es su contenido sustantivo.

Los pliegos indican que “los licitadores presentarán una memoria describiendo la calidad ambiental de los productos y medios utilizados en la prestación del servicio, y un programa de trabajo describiendo el modo en que va a prestar el servicio, ambos con una extensión máxima de 5 folios a doble cara. Se valora con diferente puntuación según el contenido ('no presenta', 'sencillo', 'detallado' y 'muy detallado').

58

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-24-2014>

»Según el órgano de contratación se informó a la empresa de que el modo de valorar fue realizado por el literal, en función del contenido de la memoria que debían presentar.

»Fueron consideradas 'sencillas' las memorias que se referían a la organización y prestación del servicio de manera genérica.

»Fueron consideradas 'detalladas' o 'muy detalladas' las memorias explicativas en función del grado de referencia a los Centros de (...) y su funcionamiento”.

»Este Tribunal considera que los criterios de valoración deben estar vinculados directamente con el objeto del contrato y ser adecuados, necesarios y proporcionados para identificar la oferta económicamente más ventajosa (artículo 150.1 del TRLCSP), por lo que no es razonable tomar en consideración únicamente aspectos formales de una oferta, como una descripción detallada o sencilla, cuando lo relevante es su contenido sustantivo.

»En el informe que se incorpora como anexo al acta de la sesión de la Mesa de contratación, sólo se detalla una relación numérica correspondiente a los puntos otorgados a cada licitador, sin unas reglas de distribución de tal puntuación y sin que se pongan de manifiesto las características de la oferta de cada uno.

»En consecuencia, (...) resulta que la puntuación mediante aplicación de los criterios de valoración no evaluables mediante fórmulas está viciada de falta de motivación, ya que no muestra las especialidades y peculiaridades diferenciales de cada oferta”.

- La **Resolución 12/2012, de 30 de agosto**⁵⁹, aborda el problema de la indeterminación de los pliegos, tanto de las características técnicas de los productos -sobre los que las indicaciones son mínimas- como del método a emplear para la valoración de la calidad técnica de éstos.

En el caso examinado “ni el PCAP ni el PPT especifican el contenido correspondiente a los sets de hemofiltración y hemofiltración pediátrico a contratar.

» (...) No se puede oponer frente a ello que la empresa ahora recurrente, como proveedor habitual de estos productos, debía conocer la composición del set, máxime cuando, como resulta del informe al recurso de 17 de agosto, tales componentes eran servidos con anterioridad individualmente, por lo que al pretender ahora unificar varios artículos dispersos, los pliegos

59

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2012/resolucion-12-2012>

debieron detallar el contenido de cada set a fin de dar cumplimiento a los preceptos mencionados.

» (...) Esta indeterminación de los pliegos, además del perjuicio que ha causado al recurrente y su posible extensión a otros eventuales licitadores, se compadece mal con el principio de la buena administración, pues sólo a través de una detallada descripción de las necesidades a satisfacer mediante el contrato puede la Administración obtener una respuesta adecuada a su demanda en las ofertas que efectúen los licitadores. Procede por ello estimar la pretensión fundada en el motivo analizado”.

Se analiza también la falta de concreción del modo de valorar el criterio de adjudicación dependiente de un juicio de valor “calidad técnica del producto”.

En el escrito de ampliación del informe al recurso, pese al requerimiento de este Tribunal, el órgano de contratación no efectúa ningún tipo de argumentación al respecto, pues se limita a transcribir en este punto el PCAP.

En relación con dicho criterio de adjudicación, la puntuación a otorgar a las empresas gira en torno a la tantas veces invocada por los órganos de contratación “calidad media”. Valora el PCAP la calidad técnica de la siguiente manera: “-Muy Buena, 5 puntos (La oferta supera claramente la calidad media del resto). -Válida: 2,5 puntos (la oferta se encuentra cualitativamente en la media de los productos ofertados).-No válida: 0 puntos (La oferta no cumple las características mínimas exigidas).

No obstante, “el PCAP en cuestión no ofrece una definición ni aclaración de los elementos que determinan la calidad media. Tampoco se precisa respecto a la puntuación máxima lo que debe entenderse por una superación clara de la calidad media, ni el método para asignar una puntuación intermedia a las ofertas que siendo válidas superen, pero sólo moderadamente, la media de calidad. Del mismo modo, tampoco se especifica cómo se valorarán las ofertas que cumpliendo el PPT no alcancen la referida calidad media”⁶⁰.

El Tribunal considera⁶¹ “que en el presente caso la indeterminación de los

⁶⁰ Cuestión similar se abordó en la Resolución 80/2011, de 23 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, según la cual “Ello reduce el grado de transparencia en la adjudicación al no desglosar suficientemente la puntuación que corresponde otorgar en la valoración del criterio”. Igualmente se trae a colación la Resolución 10/2012, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, y se citan diversas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, (284/2011, de 23 de noviembre de 2011, y 301/2011, de 7 de diciembre de 2011).

⁶¹ Se cita la Resolución 10/2012, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, “Es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, la Sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06), que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta

pliegos, tanto en cuanto a las características técnicas de los productos -sobre las que las indicaciones son mínimas- como en cuanto a la escasa claridad del método a emplear para la valoración de la calidad técnica de éstos, supone una vulneración de los principios de igualdad de trato y transparencia, los cuales, como se indicó anteriormente, son rectores de la contratación pública por mandato del artículo 1 TRLCSP, por lo que procede igualmente estimar la pretensión con fundamento en este motivo de impugnación”.

- En el caso de la **Resolución 47/2013, de 29 de agosto**⁶², se examina la utilización excepcional de un criterio no contenido en los pliegos –el sorteo para dirimir un empate-, y se discute la cualificación técnica del personal responsable de los informes de valoración.

En el caso examinado, “el examen del recurso presentado y el expediente enviado no permiten conocer cuál es la cualificación técnica de las enfermeras que han realizado el informe técnico, por lo que no puede valorarse si es la adecuada y si necesariamente la evaluación debió ser realizada por médicos, como señala la empresa recurrente. Igualmente se desconoce si la complejidad técnica de los productos a suministrar (...) obliga a una especialización determinada, de unos u otros, y si la poseen. A falta de datos, el criterio del órgano de contratación, que mantiene que la valoración de las ofertas fue realizada por personal adecuado, debe considerarse correcto. En todo caso, el estudio de las ofertas por ‘enfermeras’ y no por ‘médicos’ no parece que por sí solo pueda provocar las ‘consecuencias desfavorables (...) en cuanto a la valoración de las ofertas presentadas’, como indica la empresa recurrente, que realiza una equiparación entre titulación, cualificación técnica, y valoración errónea.

»En cuanto a la medida cautelar solicitada por la empresa recurrente, ‘la suspensión del sorteo’, carece de fundamento su adopción por tener un contenido imposible. La fecha prevista para su realización fue la del 2 de agosto, y el recurso especial tuvo entrada en este Tribunal el día 12 de agosto, cuando el sorteo ya se había realizado. Extrañamente el propio recurso indica en su página 11 que ‘se realizó el acto público del sorteo’, y posteriormente solicita ‘la suspensión del sorteo previsto’, por lo que este Tribunal considera que la solicitud se realizó por un mero error.

económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Asimismo, este criterio es recogido en diversas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, citando, entre otras, las recientes resoluciones 284/2011, de 23 de noviembre de 2011, y 301/2011, de 7 de diciembre de 2011”.

⁶²

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-47-2013>

»Problema diferente es dilucidar la procedencia de la aplicación del sorteo como medio de solución del empate, en defecto de previsión en los pliegos, por aplicación analógica del artículo 87.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre: '(...) en las subastas, si se presentasen dos o más proposiciones iguales que resultasen ser las de precio más bajo, se decidirá la adjudicación de éstas mediante sorteo'.

»En el presente caso, dado que el pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente no contienen previsiones que hagan posible resolver el desempate en la puntuación de las dos ofertas, y ante la ausencia de otra normativa al respecto, la Mesa de contratación acudió a lo previsto al artículo 87.2 del RGLCAP y decidió la propuesta de adjudicación mediante sorteo en acto público, a fin de cumplir con los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato establecidos en el artículo 1 TRLCSP.

»En este sentido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en sus Resoluciones 135/2011, 159/2011 y 88/2013, considera que 'no existe impedimento legal alguno sino más bien al contrario, para aplicar el sorteo como forma de resolver la adjudicación entre dos licitadores con ofertas con idéntica puntuación'.

»La Sentencia de 7 de marzo de 2013 de la Sala de lo Contencioso-administrativo, de la Audiencia Nacional sostiene un criterio más restrictivo que el mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Considera que el sorteo como método de adjudicación es 'un procedimiento inaplicable fuera de las subastas y, por tanto, no podía ser aplicable en el caso de autos, existiendo en los Pliegos criterios alternativos, como podía ser el haber obtenido la mejor puntuación en los criterios de evaluación no automática y, por tanto, susceptibles de mayor ponderación y, en último término, la utilización del sorteo como medio de desempate suponía la inaplicación, sin causa que lo justificase, de los criterios previstos en la disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos del Sector Público que prevé criterios de desempate distintos de la improcedente utilización del sorteo. Método puramente aleatorio que sólo aparecía previsto en la legislación vigente para las subastas, pero no para el procedimiento de adjudicación del caso'.

»No obstante, en el presente supuesto, el sorteo puede considerarse una solución adecuada, al no existir en los pliegos ningún criterio para deshacer el desempate, y porque la eventualidad de optar por dar preferencia en la adjudicación del contrato a la proposición de precio más bajo (...) supondría inaplicar parcialmente uno de los criterios evaluables mediante fórmulas previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (...).

»A la vista de lo expuesto, este Tribunal considera que no procede acceder a la petición de la empresa recurrente, ya que la opción del sorteo elegida para la adjudicación, aunque excepcional, es adecuada, además de que las

alegaciones de la empresa recurrente sobre el contenido, motivación y falta de cualificación de los responsables del informe técnico son genéricas y no recogen razones concretas que permitan a este Tribunal un pronunciamiento favorable a su pretensión y, por tanto, decaen ante las afirmaciones y observaciones realizadas por el órgano de contratación, cuyos argumentos, sin ser suficientemente sólidos, se consideran más convincentes y fundados que los expuestos en el recurso”.

- En la **Resolución 65/2014, de 25 de septiembre**⁶³, se vuelve a examinar un caso de indeterminación de los pliegos. En este caso existe contradicción sobre si unos criterios de valoración son variantes o mejoras. Igualmente se analiza la ausencia de vinculación entre el objeto del contrato y alguno de los subcriterios.

En la resolución de este recurso especial se resuelven los siguientes asuntos:

a) En primer lugar, la recurrente alega que los criterios de adjudicación establecidos en el cuadro de características técnicas del PCAP adolecen de indeterminación y de falta de concreción en la forma de valoración, ya que solo se concretan algunos de los aspectos que van a tenerse en cuenta (“se valoran al menos” se indica) y, además, al no establecerse una ponderación de los distintos aspectos a valorar, “dicho criterio no se puede valorar de forma objetiva (...), sin aplicar al menos otros subcriterios no especificados en los pliegos o sin seguir normas o patrones de valoración no especificados en los mismos”.

Los criterios deben ser suficientemente transparentes tanto en su finalidad y vinculación con el objeto del contrato, como con la fórmula de puntuación, que debe ser previamente conocida por los licitadores⁶⁴. Esto supone

⁶³

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leon/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-65-2014>

⁶⁴ Sobre la finalidad de los criterios de adjudicación se cita al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que en su Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, señala que “La finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone -dato de especial relevancia- que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando, claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador, pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJCE de 4 de diciembre de 2003 (EVN y Wienstrom), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores. Criterios que sirven para clasificar las ofertas y que, como indica el artículo 152.2 TRLCSP, en tanto no superen un mínimo de puntuación posibilitan su exclusión”.

que no es suficiente la simple determinación de la puntuación a otorgar a un criterio. Es necesario que los distintos coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación se establezcan en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación de forma clara e indubitada⁶⁵. De lo contrario, queda en entredicho el principio de transparencia en relación al principio de igualdad de

(Comisión contra Reino de España) señala, en relación con el principio de igualdad de trato de los licitadores, lo siguiente:

“66. El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, *European Service Network/Comisión*, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamento*, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

»67. Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias *Lombardini y Mantovani*, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y *Comisión/Chipre*, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia *Parking Brixen*, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia *Michaniki*, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)”.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 enero 2008 (*Lianakis*).

trato, debiendo justificar su decisión sobre la base de criterios objetivos.⁶⁶

Si la Mesa de contratación atribuye una ponderación a los elementos integrados en el criterio de adjudicación sin concurrir estos requisitos, se estaría incumpliendo la exigencia de una debida transparencia y ello conculcaría el derecho de los licitadores a conocer de antemano los baremos que han de regir la adjudicación del contrato.

El Tribunal considera que el criterio de adjudicación dependiente de un juicio de valor, “calidad técnica”, establecido en el cuadro de características técnicas del PCAP, adolece a todas luces de indeterminación en cuanto a la ponderación que deba tenerse en cuenta.

El PCAP atribuye una valoración máxima de 49 puntos (un 49 % del total de la valoración de la oferta) a dicho criterio, pero no precisa unas reglas

⁶⁶ Son reiterados los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras, la Sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06) en los que, tras aseverar que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia, señala que cuando el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar, si fuera posible en orden decreciente de importancia atribuida. Esta disposición, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se desprende de éste, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

El Tribunal señala en la misma Sentencia que estas afirmaciones no contradicen la interpretación realizada por el mismo Tribunal en su Sentencia de 24 de noviembre de 2005 (TI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc), en un asunto en el que tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios habían sido previamente fijados y publicados en el pliego de condiciones y, no obstante, la entidad adjudicadora en cuestión fijó a posteriori, poco antes de la apertura de las plicas, los coeficientes de ponderación de los subcriterios.

La citada Sentencia de 24 de noviembre de 2005 señaló que “el Derecho comunitario no se opone a que una Mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

»- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;

»- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;

»- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores”.

de ponderación de los distintos aspectos a valorar: propuesta organizativa del servicio, protocolo de limpieza, plan de contingencias, características de los vehículos ofertados, servicios diarios así como posible atención a viajes urgentes o imprevistos, documentación justificativa a aportar sobre los servicios realizados y presentación de informes y estadísticas, mejoras relacionadas con los horarios o tipos de transportes entre los hospitales.

El informe del órgano de contratación señala que la memoria técnica se valorará “de forma única, sin subcriterios ni ponderaciones no previstas inicialmente” y que no es necesario establecer ninguna regla de ponderación ni baremación.

Sin embargo, este Tribunal no comparte dicha argumentación. “Si, como afirma el órgano de contratación, la valoración se va a realizar de forma única, ello supone que se va a otorgar a la memoria una puntuación global, a tanto alzado, sin desglose de la valoración o ponderación atribuida a cada uno de los aspectos enumerados en dicho criterio (en caso contrario, en este supuesto, se vulnerarían los principios de igualdad y de transparencia). Tal actuación conllevará que los licitadores no podrán conocer, ni antes al no fijarse en los pliegos, ni después al no poder desglosarse la ponderación, la importancia o relevancia que el órgano de contratación atribuye a cada uno de los aspectos a tener en cuenta para la valoración de la memoria técnica; y ello podría ocasionar, a la vista de los numerosos aspectos a valorar, una actuación valorativa que excedería con toda probabilidad la discrecionalidad técnica administrativa admitida y sería rayana con la arbitrariedad.

»Por ello, dada la diversidad de los aspectos a valorar en la memoria técnica y la excesiva ponderación máxima que se atribuye a dicho criterio, ha de fijarse en los pliegos unas reglas mínimas de ponderación de cada uno de los aspectos que han de ser objeto de consideración al valorar la memoria técnica”.

El artículo 150.4 exige que “Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada”. Si bien es cierto que el precepto se refiere a los supuestos en los que existan varios criterios de adjudicación, también lo es que en el caso examinado la horquilla de puntos que se atribuye al único criterio que se establece (y al que se atribuye casi la mitad de la puntuación de la oferta) resulta excesiva y no adecuada. Por ello, dado que el propio pliego detalla los aspectos que deben valorarse, debe, en virtud del principio de transparencia, fijarse la ponderación relativa a cada uno de los aspectos que deben ser objeto de valoración⁶⁷.

⁶⁷ La Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupoulis, concluye que “en un procedimiento de licitación, no se pueden fijar a posteriori reglas de ponderación o subcriterios de adjudicación no establecidos en el pliego y que unas cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho `... porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas

A la vista de lo expuesto, ha de concluirse que la indeterminación de los pliegos, en cuanto a la falta de concreción de la ponderación de los aspectos incluidos en la valoración de la calidad técnica⁶⁸, supone una vulneración de los principios de igualdad de trato y transparencia –principios rectores de la contratación pública por mandato del artículo 1 TRLCSP-, por lo que procede estimar este motivo de impugnación.

b) En segundo lugar, se alega que, a pesar de que el cuadro de características técnicas del PCAP no admite variantes, en realidad sí se prevé la posibilidad de valorar mejoras, entre las cuales cita, las relacionadas con horarios o tipos de transporte.

Consta en el expediente que tanto en los pliegos como en los informes emitidos se señala de manera expresa que no se admite la presentación de variantes o mejoras.

Sin embargo, la dicción literal de la cláusula 15.1.1, en el apartado “forma de valoración”, alude a “mejoras relacionadas con horarios o tipos de transporte”.

El informe del órgano de contratación señala, en referencia a la mejora de los horarios, que “lo único que se pretende es facilitar la libertad de oferta por parte de los licitadores, manteniendo, eso sí, un mínimo de servicios a realizar al Hospital (...), por considerarse los mínimos necesarios para garantizar un buen servicio, por lo que los licitadores podrán ofrecer en su memoria técnica los horarios que más calidad técnica aporten a su oferta siempre que respeten el mínimo marcado por el PPT”.

Aun cuando parece que pudiera tratarse de una redacción deficiente de los pliegos, de la argumentación recogida en el informe del órgano de contratación y del PPT se infiere que las denominadas “mejoras relacionadas con horarios” no son propiamente mejoras, sino que se trata de la posibilidad de

por el vicio de nulidad absoluta’”.

⁶⁸ Este criterio se adoptó por este Tribunal en la Resolución 12/2012, de 30 de agosto, que, con cita de la Resolución 80/2011, de 23 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, señaló que, aunque “sea posible establecer como criterio de adjudicación determinadas características atinentes a la calidad de la oferta, partiendo del cumplimiento mínimo de las prescripciones técnicas previstas en el PPT, es preciso que tales características se expongan en el PCAP y se atribuya a las mismas una puntuación baremada. Se observa que en este caso que el PCAP, como decimos, se limita a atribuir una puntuación en función de la calidad media del producto, sin establecer de forma clara, ni las características del producto a tener en cuenta, ni qué debe considerarse calidad media del mismo, ni un baremo de puntuación desglosado para cada característica. Ello reduce el grado de transparencia en la adjudicación al no desglosar suficientemente la puntuación que corresponde otorgar en la valoración del criterio”.

que los licitadores en sus ofertas puedan modificar, por razones de calidad técnica del servicio, los horarios establecidos en el PPT, pero únicamente para los transportes de mercancías y lencería (no para el transporte de manutención en el que la modificación de horarios es facultad exclusiva del Complejo Asistencial Universitario de Palencia). Así, el último párrafo del PPT, relativo al transporte de lencería y mercancías, establece que "los anteriores horarios podrán ser mejorados por los licitadores en su propuesta técnica siempre que se mantenga el número de viajes a realizar durante el turno de mañana al [Hospital San Telmo]".

El Tribunal pone de manifiesto que existe también oscuridad en el pliego en cuanto a las mejoras relacionadas con los tipos de transporte y su ponderación.

"Por otra parte, aunque no se alega de manera expresa por la recurrente, en los pliegos se contempla como criterio de adjudicación evaluable mediante fórmula la oferta de una bolsa de kilómetros anual (con un máximo de 40.000 kilómetros anual), concepto éste, que, por su propia naturaleza y configuración, no cabe sino como calificarlo de mejora en cuanto supone una adición, una mejora, de las prestaciones mínimas exigidas por el pliego, al tratarse de una opción que puede ofertar el licitador de manera voluntaria y no tener reflejo alguno en el cálculo del valor estimado del contrato".

Por tanto, la Resolución considera que "ha de estimarse el motivo y procederse a la anulación de la cláusula en la que se prevé que no se admiten variantes o mejoras, ya que la posibilidad de ofertar bolsa de kilómetros es, en realidad, una mejora, prever ésta como tal mejora y aclarar si las mejoras relacionadas con tipos de transporte debe considerarse como tal o, de no ser así, aclararse su naturaleza"⁶⁹.

⁶⁹ Este Tribunal, en su Resolución 22/2013, de 2 de mayo, se remite a la diáfana Resolución 43/2011, de 28 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que establece los siguientes requisitos para que puedan admitirse las mejoras:

- a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación.
- b) Que guarden relación con el objeto del contrato.
- c) Que deberán mencionarse en el pliego y en los anuncios.
- d) Que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.

En la citada resolución se indicaba que los requisitos exigidos por el TRLCSP para las mejoras derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en idénticas condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar y se respete, en suma, la regla de la comparación de ofertas para poder decidir cuál es la económicamente más ventajosa.

Asimismo, cabe citar el Informe 59/2009, de 26 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que se pronuncia favorablemente a la posibilidad de

c) En el recurso también se alega que existe una restricción injustificada de la competencia, al exigir el PPT “la aportación de los carros, tanto para la manutención como para la lencería”. Ello porque dichos carros no constituyen propiamente el objeto del servicio de transporte, ni son necesarios para el transporte, y son los hospitales los que deben disponer de ellos (ya que al finalizar el contrato se convierte en material usado de difícil venta y del que la empresa de transporte no hace uso, mientras que el hospital continúa precisando dichos carros); además, la exigencia de este requisito favorece a la empresa que presta este servicio actualmente y que ya dispone de dicho material.

Como primera consideración se indica que, “la mayor o menor posibilidad de uso posterior del material, en este caso los carros, exigido para la prestación del contrato objeto de licitación carece de relevancia a efectos de apreciar la existencia o no de restricción a la libre competencia. Tampoco la circunstancia de que el actual contratista disponga ya de dichos carros, obligación prevista en el actual contrato según indica la recurrente, puede considerarse, por sí sola, determinante de una restricción a la libre concurrencia de licitadores.

» (...) En el presente caso, la obligación de disponer de carros para transporte no se prevé como un requisito que deba cumplir el licitador con carácter previo a la adjudicación, sino como un compromiso de adscripción de medios que debe asumir el adjudicatario⁷⁰.

» Por tanto, el compromiso de disponer de los carros destinados al transporte de las bandejas que contienen los alimentos no es un requisito exigible con carácter previo a la adjudicación del contrato sino que es una obligación, no calificada como esencial de manera expresa en los pliegos, que deberá cumplir el licitador que resulte adjudicatario.

» Es claro, pues, que la previsión de dicho compromiso no restringe la libertad de concurrencia ni vulnera el principio de igualdad que debe

admitir mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato’. Es decir que, en todo caso, la admisión de estas mejoras comporta la necesidad de identificarlas suficientemente así como el establecimiento de los criterios claros y precios para valorarlas. En caso contrario, se vulneraría la jurisprudencia comunitaria así como el principio de igualdad que rige la contratación pública.

⁷⁰ El artículo 64.2 del TRLCSP establece que “Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario”.

regir la contratación pública.

d) El recurso mantiene que el subcriterio “bolsa de kilómetros anual” vulnera el principio de seguridad jurídica, permite la discriminación de los licitadores y deja al arbitrio y voluntad de una de las partes su interpretación. Señala que “según el anexo I del PPT, ‘Circuito’, establece un recorrido de tan solo 3,2 kms. por cada viaje de un hospital a otro, por lo que de una simple división de 40.000 kms. recogidos en la bolsa de kilómetros por año de contrato, nos daría una media de unos 12.500 viajes anuales posibles en la bolsa del contrato, lo que deja meridianamente claro que la bolsa de kilómetros es para otros menesteres distintos del objeto del contrato”, pese a lo cual este criterio se valora con 30 puntos.

El Tribunal considera que “la falta de presentación de dicha bolsa de kilómetros no determinará, en cuanto mejora que puede ofertar el licitador, la exclusión de éste sino que solo conllevará la no puntuación de tal mejora; mejora que, por sí mismo, no restringe la competencia. Por lo demás, las alegaciones de la recurrente sobre los ‘menesteres distintos del objeto del contrato’ a los que puedan destinarse dichas bolsas de kilómetros, no están respaldadas por indicio probatorio alguno que permita acoger la alegación”.

e) Por último, se alega que el valor estimado del contrato no está correctamente calculado de acuerdo con los artículos 87.1 y 88.5 del TRLCSP, ya que al haberse incluido en el contrato servicios nuevos como una “bolsa de kilómetros”, el precio del contrato debe incrementarse en la cuantía que resulte procedente; y que el precio del anterior contrato celebrado era 18.676,62 euros mayor al previsto para el actual contrato.

Uno de los extremos que debe quedar debidamente acreditado en el expediente de contratación es la justificación de que la estimación del presupuesto de licitación, y por ende del valor estimado del contrato, responde a los precios de mercado, tal y como exige el artículo 87.1 TRLCSP.

El informe del órgano de contratación señala que para la fijación del presupuesto del contrato “se ha tenido en cuenta el ajuste de precios propiciado por la crisis económica, el hecho de que el anterior contrato se adjudicó a precios de hace 4 años (no del ejercicio precedente o de los 12 meses previos) y la posibilidad de no ofrecer bolsas de kilómetros sin que los licitadores queden excluidos del procedimiento”.

La Resolución considera que “Es cierto, como señala la recurrente, que en el supuesto de que el objeto del contrato incluya prestaciones adicionales, estos han de tenerse en cuenta también en la fijación del precio de licitación, ya que el precio del contrato debe comprender la valoración de la totalidad de las prestaciones, suministro y servicios, que constituyen el objeto de éste (Resolución 57/2014, de 31 de julio, de este Tribunal).

»Sin embargo, como se ha expuesto *ut supra*, la oferta de una

bolsa de kilómetros anual (con un máximo de 40.000 kilómetros anual) no forma parte de las prestaciones obligatorias del contrato sino que constituye una adición, una mejora que pueden ofrecer los licitadores, que no afecta al valor estimado del contrato. Por lo que la alegación sobre su no inclusión en el valor estimado del contrato no puede ser acogida.

»Sin perjuicio de lo anterior, dado que ni en el informe del órgano de contratación emitido en relación con el recurso ni en el expediente de contratación figura la forma de determinación del precio del contrato, este Tribunal carece de elementos objetivos para entender si el precio es adecuado al mercado, lo que impide contrastar los argumentos de la recurrente. Es obligación del órgano de contratación justificar y documentar motivadamente que el precio del contrato se ajusta a los requerimientos del artículo 87.1 TRLCSP”.

- La **Resolución 31/2012, de 5 de diciembre**⁷¹, examina un caso de valoración incorrecta del precio. En la adjudicación se ha considerado únicamente el precio ofertado por el primer año –el presupuesto anual- y no los dos años previstos como mínimo.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda es muy clara al pronunciarse sobre la determinación del precio o importe de los contratos de la Administración. En su informe 57/99, de 21 de diciembre, concluye “que el precio o importe de un contrato de gestión de servicios públicos, y en general de cualquier contrato de la Administración, viene determinado en función de su plazo de duración, sin que sea lícita su reducción al importe de una anualidad”.

Así pues, la adjudicación del contrato no se considera adecuada, al no tener en cuenta la oferta económicamente más ventajosa⁷², pues se ha limitado a valorar únicamente el precio ofertado por el primer año –el presupuesto anual-, y no los dos años previstos como mínimo, a diferencia de las mejoras que han sido valoradas considerando la duración total estimada del contrato.

⁷¹

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2012/resolucion-31-2012>

⁷² El artículo 150 del TRLCSP en relación con los criterios de valoración de las ofertas dispone en sus apartados 1 y 2:

“1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, (...).

»Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

»2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo”.

- Por su parte, la **Resolución 26/2014, de 10 de marzo**⁷³, entre otras controversias, examina si el órgano de contratación ha interpretado correctamente los criterios de valoración y cuál es el momento en que debe realizarse el cálculo de la puntuación económica de las ofertas.

El núcleo del recurso planteado se sustenta en la interpretación que hay que dar a la expresión "ofertas admitidas" recogida en la cláusula 10.1 del PCAP, referente a la valoración de los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas matemáticas, en relación con el plazo de ejecución, y si ha existido extralimitación de la Mesa de contratación en relación con las funciones que le corresponden.

"En primer lugar se alega que la Mesa de contratación ha realizado una errónea aplicación de la cláusula 10.1 del PCAP y que, dentro de la expresión 'ofertas admitidas' debe incluirse la totalidad de las empresas que llegaron a la fase de valoración mediante fórmulas, también las excluidas por presentar una oferta considerada desproporcionada o temeraria".

La empresa recurrente considera que el órgano de contratación interpreta erróneamente el término "ofertas admitidas", pues aplica la fórmula del plazo de ejecución sólo en relación con 20 empresas y no con 25, que son las que llegaron a la fase de valoración de los criterios evaluables mediante fórmula (sobre C "Criterios evaluables mediante fórmulas. Proposición económica y plazo de ejecución de la obra").

La cláusula 10.1 del PCAP en el apartado referente al plazo de ejecución cuando se dispone: "El plazo ofertado para la ejecución de las obras se valorará con un máximo de cinco (5) puntos, de acuerdo con los cálculos que se detallan a continuación.

»Se definirá T como el plazo ofertado, TM como el plazo medio de las ofertas admitidas y Tmáx como el plazo máximo de ejecución señalado en el apartado C del Cuadro de características del contrato, asignándose los valores siguientes: (...)".

Sin embargo, la Mesa de contratación había propuesto la exclusión de cinco empresas al considerar sus ofertas económicas bajas o desproporcionadas. La cláusula 10.1 del PCAP, referente a la evaluación de la oferta económica, dispone:

"Para obtener la puntuación de la oferta económica correspondiente a las proposiciones que hayan sido admitidas a licitación, se procederá de manera que a la más económica se le asigne la puntuación máxima indicada para este

⁷³

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-26-2014>

concepto en la tabla de puntuaciones máximas.

»La puntuación de las restantes ofertas económicas se obtendrá mediante la siguiente expresión:

»Puntuación de cada oferta = PMax x Precio de la oferta más económica

»Precio de la oferta que se puntúa
»(...).

»Se considera oferta más económica a la oferta más baja de las presentadas, no incurso definitivamente en anomalía por su bajo importe, conforme al criterio expuesto a continuación.

»Para la determinación de las ofertas desproporcionadas o anormales, se estará a lo dispuesto en el artículo 85 del RGAP y en el artículo 152 del TRLCSP.

»En el supuesto de que la oferta que obtenga mayor puntuación global, fuera aquella con una oferta económica desproporcionada o anormal, se solicitará informe a las empresas comprendidas en dicho supuesto; a la vista de los mencionados informes podrá adjudicarse el contrato a la oferta incurso inicialmente en presunción de temeridad, siempre que pueda ser cumplida a satisfacción (...).

La Mesa de contratación, al comprobar que las ofertas de cinco empresas incurrieran en baja temeraria, les requiere para que presenten informes justificando la baja. Analizadas las justificaciones presentadas por las empresas cuya oferta económica era desproporcionada o temeraria, el informe de 16 de enero de 2014 concluye que ninguna de ellas justifica de manera convincente lo dispuesto en el artículo 152.3 del TRLCSP en lo referente "al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación (...).

Conforme establece la cláusula 10.1 del PCAP los criterios evaluables mediante fórmula matemática comprenden: a) Oferta económica. b) Plazo de ejecución.

El Tribunal considera que "La oferta incurso en baja desproporcionada - siempre que ésta no resulte justificada- no se tendrá en cuenta para calcular la evaluación de la oferta económica por lo que, siguiendo la lógica secuencial del procedimiento de valoración, tampoco se tendrá en cuenta para la valoración del plazo de ejecución que se refleja con posterioridad a la oferta económica, y más teniendo en cuenta que el criterio económico es el más importante y definitorio

de la futura adjudicación”⁷⁴.

4.8.- Las variantes y mejoras.

Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el PCAP haya previsto expresamente tal posibilidad (artículo 147.1 del TRLCSP). Esta previsión se completa con la del artículo 67.2.j) RGLCAP, que exige además que se concreten los “requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas”.

Los requisitos exigidos por el TRLCSP para las mejoras - su previsión y los criterios de concreción- derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en idénticas condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar y se respete la pauta de la comparación de ofertas para poder decidir cuál es la económicamente más ventajosa.

No obstante, los conceptos de variante y mejora son diferentes. Las variantes son propuestas alternativas que incorporan otras soluciones técnicas a la prestación objeto de licitación y se concretan en una proposición alternativa para el órgano de contratación respecto de la exigida en los pliegos, mientras que las mejoras son aquellas aportaciones extras sobre la prestación que han sido señaladas en el PCAP como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta del licitador y determinar la adjudicación.

- La **Resolución 22/2013, de 2 de mayo**⁷⁵, analiza un supuesto de mejoras completamente indeterminadas.

La Resolución indica que “el anexo 3º del PCAP que rige el contrato a que se refiere el presente recurso, se limita a indicar que dentro del criterio ‘Solución

⁷⁴ En este sentido, la Resolución 333/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y el informe de la Abogacía del Estado de 29 de septiembre de 2008 concluyen que el cálculo de la puntuación económica de las ofertas debe realizarse con posterioridad al análisis y valoración de la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas, excluyendo a las no admitidas por no haberse estimado la justificación sobre su viabilidad tras el mencionado trámite de audiencia.

Si no se rechazan las ofertas anormales que no se han justificado se estaría alterando el resultado del procedimiento y se distorsionaría la puntuación del resto de licitadores, ya que obtendrían puntuación ofertas que nunca van a resultar adjudicatarias, puesto que desde el mismo momento en que son rechazadas por ser anormales deben dejar de existir para el procedimiento y, por supuesto, ser excluidas de la clasificación (en este mismo sentido se pronuncia las Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 45/2012, de 3 de mayo y 198/2013, de 18 de diciembre.

⁷⁵ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-22-2013>

Técnica' (puntuable con un máximo de 33 puntos) se valorará como subcriterio el de 'Mejoras técnicas aportadas relativas a aspectos o requerimientos del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, que redunden en una mayor calidad del contrato'. Del tenor literal de dicha cláusula se desprende la carencia de cualquier tipo de motivación o delimitación de las mejoras permitidas, puesto que en ningún momento se hace referencia a los límites admitidos, ni al procedimiento a seguir para la valoración de aquéllas. Tampoco el PPT contiene determinación alguna al respecto.

»Resulta así que la admisión como mejoras de las ofertadas por los licitadores y la determinación del valor atribuible a cada una de ellas queda al arbitrio del órgano de contratación, sin más limitación que la derivada del propio pliego al exigir que las mejoras ofertadas incrementen la calidad del contrato.

»En tales términos es evidente que en la aplicación de las cláusulas del pliego no queda garantizada la necesaria igualdad ni el trato no discriminatorio de las diferentes ofertas presentadas. En consecuencia, debe plantearse si tal cláusula es de aplicación obligatoria a pesar de todo o si, por el contrario, debe considerarse como no puesta".

- La **Resolución 13/2014, de 11 de febrero**⁷⁶, examina el supuesto en el que para valorar una mejora se utiliza un subcriterio no previsto en el PCAP.

"Se plantea la declaración de nulidad de la adjudicación al haberse valorado el criterio objetivo de 'Mejoras en la bolsa gratuita de horas' con una fórmula que se aparta de la que establece el PCAP y que, en consecuencia, no pudo considerar al realizar su proposición.

»La cláusula III.2.3 del PCAP 'Sobre C. Criterios objetivos de valoración' indica que este sobre 'Contendrá, además de la proposición económica, aquellos documentos que se especifican en el apartado K) del cuadro Anexo, acreditativos de las circunstancias a tener en cuenta en la valoración del concurso de acuerdo con los criterios objetivos de adjudicación del mismo'.

»Los criterios objetivos valorables mediante la aplicación de fórmulas que recoge el apartado K) del cuadro de características del PCAP son los siguientes: 1º.- Oferta económica, hasta 40 puntos; 2º.- Mejoras, hasta 22 puntos; 3º.- Aumento del número de horas de servicio a realizar, hasta 15 puntos; 4º.- Oferta económica sobre horas extraordinarias de servicios, hasta 8 puntos; y 5º.- Reducción del porcentaje de revisión de precios, hasta 5 puntos.

»En relación con el segundo de los criterios señala que 'Las mejoras se ofertarán sin coste alguno⁷⁷ para la Universidad, que no hayan sido objeto de

⁷⁶

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-ley/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-13-2014>

⁷⁷ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, se ha pronunciado favorablemente a la posibilidad de admitir mejoras

valoración en apartados anteriores y deberán valorarse a precio de mercado. Esta valoración económica tiene por objeto facilitar la puntuación de acuerdo con la fórmula correspondiente y será libremente apreciada por la Mesa de Contratación que podrá considerar inadecuada la oferta presentada al considerarla inviable y de imposible cumplimiento.

»La justificación de estas mejoras se realizará mediante una descripción y justificación técnica de forma breve y concisa, debiendo justificar su importe. Las mejoras serán referidas a las dos anualidades del contrato y se mantendrán en caso de prórroga.

»Se relacionan las siguientes mejoras:

».- Bolsa gratuita de horas de limpieza para cada una de las anualidades que dure el contrato (su utilización será determinada por la USAL).....8 puntos.(...).

»Se puntuará de forma proporcional entre las diferentes ofertas presentadas según la siguiente fórmula, ajustándose el resultado a dos decimales: (...)

» $P = (pm * 0) / mo$ o bien, $P = (pm * mo) / 0$ (según se trate de proporción directa o proporción inversa). Siendo 'pm' la puntuación máxima; 'O' la oferta que se valora; y 'mo' la mejor oferta'.

En el recurso "se mantiene que la Administración se aparta de la aplicación de esta fórmula, puesto que introduce para la evaluación de tal mejora un subcriterio no previsto en el PCAP, tal y como resulta del acta de la Mesa de contratación de 17 de diciembre de 2013, que señala que para la valoración del epígrafe 'bolsa de horas gratuitas se ha tenido en cuenta el número de horas ofertado multiplicado por el precio/hora para servicios extraordinarios ofertado (el más alto: peón especializado)'".

De acuerdo con el PCAP, la oferta de precio/hora tanto para limpiador como para peón especializado, está destinada a la valoración del cuarto de los criterios objetivos de adjudicación señalados, esto es, "4º.- Oferta económica sobre horas extraordinarias de servicios: valorable entre 0 y 8 puntos", y cuenta con un modelo de oferta específico, denominado "Modelo de proposición económica para horas de servicio extraordinario de limpieza" y diferenciado en el PCAP del otro modelo, el llamado "Modelo de proposición para presentación de mejoras", en el que los licitadores han de describir la mejora ofertada, su valoración económica y período de validez, a los efectos de la evaluación del 2º

que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación, siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato.

de los criterios objetivos, que es precisamente el relativo a las “Mejoras”, que ahora se analiza.

Nada indica el PCAP acerca de que la oferta de precio/hora para peón especializado sea uno de los factores a considerar en la aplicación de la fórmula de evaluación de la bolsa gratuita de horas anteriormente citada ($P=(pm*0)/mo$ o bien, $P=(pm*mo)/0$). Llama la atención, además, que tras exigir el PCAP que los licitadores valoren económicamente la mejora, y señalar que “Esta valoración económica tiene por objeto facilitar la puntuación de acuerdo con la fórmula correspondiente” se prescindiera después de dicha valoración, para acudir a otro parámetro, cuya utilización, como se indica, no está prevista en el pliego con la finalidad de evaluar las mejoras en la bolsa gratuita de horas.

De acuerdo con lo expuesto, “cabe apreciar que la valoración del criterio objetivo ‘Mejoras en la bolsa gratuita de horas’, en la que se ha empleado el factor ‘precio/hora de peón especializado’ no contemplado en el PCAP a tal fin, vicia la adjudicación efectuada por la Resolución del Rectorado, de 30 de diciembre de 2013, que debe anularse en este punto, con el fin de retrotraer el procedimiento para que la Mesa de contratación efectúe nueva valoración de las ofertas formuladas sobre tal criterio ajustada a las determinaciones del PCAP y de la normativa de contratación del sector público”.

- **La Resolución 24/2014, de 10 de marzo**⁷⁸, analiza un supuesto en que no puede conocerse el criterio seguido para la valoración de las mejoras. La indeterminación produce discrecionalidad en la valoración, unas se toman en cuenta y otras no.

En el presente caso los pliegos califican las mejoras como “aquellas actuaciones adicionales a las del pliego de prescripciones técnicas que presenten las empresas para ejecutarlas a su costa, con el objeto de complementar el pliego adjunto”, e indica que “no serán puntuadas las mejoras que no vengan acompañadas de una valoración económica. La Mesa valorará con las misma cuantía las mejoras que sean consideradas similares o de igual valor para la Universidad, pudiendo desestimar aquellas propuestas que no constituyan un aporte cualitativo, que vengan impuestas por normas legales o que se deduzcan del Pliego de Prescripciones Técnicas”.

En el apartado “Otras Mejoras”, se señala que, entre otras, se valorarán las que incrementen los mínimos requeridos en el PPT, realiza una enumeración “no exhaustiva” de algunas mejoras admisibles y se remite finalmente al criterio subjetivo de la Mesa que emita el informe de valoración (en cada subapartado la Mesa puntuará con el máximo de puntos a la mejor oferta y al resto de forma proporcional). Por ello, no puede conocerse el criterio por el que se han valorado

⁷⁸

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-24-2013>

unas mejoras y otras no. Se puntúan mejoras ya previstas en los pliegos (desinsectación y desratización), y otras en edificios que no forman parte del objeto del contrato (CIBA y Hospital Militar) y se excluyen servicios inherentes al servicio de limpieza no incluidos en el pliego técnico (controles de contaminación, desinfecciones realizadas por personal especializado, limpieza de grifos, etc.).

Se está, pues, “ante una vulneración de normas esenciales de la contratación administrativa, como son las relativas a la formulación y aplicación de los criterios de adjudicación, que repercuten directamente en el principio de igualdad de trato de los licitadores y de no discriminación”.

4.9.- La subrogación de trabajadores y costes laborales.

En primer lugar hay que advertir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que en los supuestos de sucesión o relevo de contratistas en “las contratas administrativas” no existe necesariamente el fenómeno de sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y en consecuencia, no cabe deducir que se produzca el efecto de subrogación empresarial⁷⁹.

⁷⁹ Lo determinante es la existencia de una transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad, como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio, sin que, por tanto, exista sucesión de empresa cuando no haya transmisión patrimonial, sino simplemente la asunción de una determinada actividad por otra empresa con sus propios medios. Esto último es lo que acaece en los supuestos de cambio de adjudicatario en un contrato administrativo de servicios, en las que, por no existir transmisión de una unidad empresarial al nuevo contratista, sino tan sólo asunción por éste de la actividad que ejecutaba anteriormente otro adjudicatario en virtud de otro contrato.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2000, dictada en casación para la unificación de doctrina, examinando un supuesto de validez o no de una subrogación en diversos contratos de trabajo impuesta en el pliego de condiciones a la empresa adjudicataria, señala lo siguiente:

“En la STS 4.ª de 27 de diciembre de 1997, con cita en las de 5 de abril de 1993, 23 de febrero de 1994, 12 de marzo de 1996 y otras anteriores, se señala que ‘constituye requisito esencial en la sucesión de empresas regulada en el artículo 44 del ET, la transmisión de la titularidad, entendiendo por tal concepto traslativo no sólo el cambio de titularidad nominativa de la empresa, sino también la transmisión al cesionario [...] de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación.’ [...] Así pues, conforme a la doctrina expuesta y la contenida en las demás resoluciones que han quedado citadas, sólo se produce la subrogación en los contratos merced a la imposición por el pliego de condiciones cuando haya habido verdadera ‘sucesión en la contrata’, entendida ésta como cambio de la titularidad del contratista, acompañada de la transmisión, por parte del antiguo al nuevo, de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización básica de la explotación. Cuando ello sucede, no es precisa la aquiescencia de los trabajadores para que opere la subrogación, pues así resulta de lo dispuesto en el artículo 44 del ET, que únicamente requiere la notificación del cambio a los empleados, bien por parte del cedente o bien por la del cesionario. Pero lo acaecido en el caso aquí enjuiciado no se corresponde con la expresada situación de hecho, porque no ha existido un verdadero cambio de titularidad en la empresa contratista, ni menos aún transmisión al ulterior adjudicatario de la contrata de los elementos patrimoniales configuradores de la explotación del servicio adjudicado, con toda su infraestructura [...]. Siendo

Parte de la doctrina⁸⁰ considera improcedente la imposición de la subrogación de los trabajadores en los pliegos porque esto supone rebasar el

ello así, no resulta aplicable el citado artículo 44.1 del ET, y por ello el Pliego de Condiciones impuesto al nuevo adjudicatario no obliga a los trabajadores que estaban al servicio de aquella empleadora que continúa prestando la misma actividad en concurrencia con la nueva, porque el tratar de imponerles el paso de una empresa a otra supone una novación del contrato por cambio de empleador (deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a todo empresario), y ello no puede hacerse sin el consentimiento de los acreedores en dichas obligaciones (art. 1.205 del Código Civil) [...]”.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha seguido el mismo criterio que la Sala de lo Social a efectos de delimitar el concepto legal de sucesión de empresas, pero considerando que los derechos reconocidos a los trabajadores en virtud del artículo 44 del ET son derechos de carácter laboral que han de invocarse ante la jurisdicción social, que es la competente para resolver a este respecto. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2001, declara lo siguiente: “De acuerdo con una reiterada doctrina de esta Sala (como ya hemos señalado en sentencias de 8 y 10 de abril y 3 de mayo de 1999), la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas, en la redacción de la Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio, y los derechos reconocidos a los trabajadores por la Directiva 77/187/CEE, adaptada a nuestro ordenamiento por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, a cuyo texto debemos sujetarnos, son unos derechos de contenido netamente laboral, que forman parte del status del trabajador y deben hacerse valer ante los órganos del orden jurisdiccional social, según lo establecido en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, pero a todo ello se une una razón fundamental para denegar la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, pues el automático traspaso de los trabajadores a la empresa que asume una nueva contrata no lo impone norma legal alguna, ni el derecho interno, ni el derecho comunitario. La transferencia sólo tendría lugar si concurren ciertos condicionamientos, que enlazan con las características del cambio empresarial, o con lo prevenido en alguna regla especial, por lo común incluida en un pacto colectivo. a) En el derecho interno, el precepto directamente concernido es el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (sucesión de empresa). El precepto alude a un cambio de titularidad de la empresa, del centro de trabajo o de una unidad productiva y este Tribunal viene entendiendo que el fenómeno está precisado de la transmisión al nuevo empresario de elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Para que en esta mera sucesión de actividad se produzca además traslado de las relaciones laborales existentes en el momento, es necesario que lo imponga una norma sectorial eficaz, hoy Convenio colectivo [...]”.

⁸⁰ Informe de la Abogacía General del Estado 64/2005, de 29 de junio de 2005, que cita las anteriores y otras Sentencias, expone que “Por su naturaleza, contenido y efectos, la cláusula de subrogación empresarial que se examina excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en la medida en que, desde un punto de vista subjetivo, la expresada cláusula rebasa el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos que, como se ha indicado, se circunscribe a las relaciones jurídicas entre las partes (Administración contratante y empresario que haya resultado adjudicatario) de dicho contrato, en la medida en que dicha cláusula supone, de facto, el establecimiento en un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato o el anterior contratista. (...) Desde un punto de vista objetivo, referido a la materia a la que dicha cláusula se refiere, la misma impone al contratista obligaciones de carácter laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio que constituye el objeto del contrato) que tienen un «contenido netamente laboral» y «que forman parte del status del trabajador», de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción Contencioso-

ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos afectando a terceros ajenos al vínculo contractual, siendo ésta una cuestión que corresponda exclusivamente a empresarios y trabajadores, bien mediante una negociación individual cuyo resultado se plasme en el correspondiente contrato de trabajo, bien mediante una negociación colectiva de la que resulte un convenio colectivo.

Los convenios colectivos de algunos sectores de actividad incluyen entre sus previsiones la obligación de que, al término de un contrato, el personal de la empresa saliente pasará a estar adscrito a la nueva empresa titular de la misma, quien deberá subrogarse en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos en su anterior empresa.

El TRLCSP no parece tomar en consideración estas ideas, al regular en el artículo 120 del TRLCSP que, en los contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el pliego o en la documentación complementaria, información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte precisa para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará esta medida, a cuyo efecto la empresa empleadora que viniese efectuando la prestación está obligada a proporcionar la referida información a requerimiento del órgano de contratación.

- La **Resolución 5/2014, de 16 de enero**⁸¹, analiza el tema de si es posible realizar una subrogación de los trabajadores afectados asignándoles condiciones laborales diferentes.

En el presente caso, la cláusula 3 del PPT determina la obligación de la empresa adjudicataria de subrogarse “en todas las obligaciones y derechos en la forma que establecen las normas, Convenios Colectivos y acuerdos en vigor”, e indica que “será obligación del contratista mantener el número de horas ofertadas, cubriendo, a su cargo, las bajas laborales que pudieran producirse así como las horas sindicales”. El Convenio Colectivo Provincial de Trabajo para la Actividad de Limpieza de Ávila, (BOP 10 de diciembre de 2012), -para el lote nº 2 referido al campus de esta ciudad-, establece que deben ser objeto de subrogación los trabajadores por la empresa que resulte adjudicataria (artículo 13). Para ello, en cumplimiento del referido artículo 120 del TRLCSP, en el Anexo

Administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social (sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ya citadas de 9 y 10 de abril y 3 de mayo de 1999, entre otras muchas), siendo así que, como se ha indicado, el pliego de cláusulas administrativas tiene su contenido limitado a la regulación de una relación jurídico-administrativa (contrato administrativo), escapando de su ámbito la regulación de extremos pertenecientes a relaciones jurídicas de muy diferente naturaleza y entre terceros, como son las relaciones de carácter laboral que median entre el empresario (adjudicatario) y los trabajadores a su servicio”.

81 <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-5-2014>.

2 del PPT se establecen el número de horas que actualmente realiza cada trabajador en cada centro, y como Anexo al PCAP se adjuntan modelos, entre los que figura un "modelo para la ampliación de horas de servicio" y un "modelo de proposición económica para horas de servicio extraordinario de limpieza."

A este respecto la Resolución establece: "La empresa recurrente considera que pese a lo indicado en los pliegos, no tienen necesariamente que coincidir las horas de servicio que se ofertan con las que suma el personal a subrogar, porque es posible una organización diferente. No obstante, no aclara como se eliminan 90 horas de trabajo manteniendo los mismos derechos y obligaciones de los trabajadores subrogados, como exige el Convenio Colectivo, cuando los pliegos exigen a la empresa adjudicataria mantener las horas ofertadas.

» (...) En consecuencia, consta acreditado que entre otras condiciones laborales, figuran en los pliegos el número de horas que actualmente realiza cada trabajador a subrogar, por lo que la empresa recurrente no presentó una proposición al lote nº 2 ajustada al contenido de aquéllos. Los requisitos exigidos en los pliegos, respecto del personal subrogar, su horario y jornada son condiciones necesarias cuyo incumplimiento determina que la oferta deba ser rechazada, sin que proceda acceder a la fase de valoración de los criterios de adjudicación.

»En cuanto a las afirmaciones de la empresa recurrente en relación con que se ha facilitado un listado inexacto del personal a subrogar con el objeto de incrementar los costes de servicio que se licita, este Tribunal considera que carecen de toda base probatoria".

- La **Resolución 69/2013, de 28 de noviembre**,⁸² resume la doctrina sobre la materia de la subrogación del personal. En presencia de un convenio colectivo que la exija, el hecho de que el PCAP no la mencione, no es relevante jurídicamente, pues la obligatoriedad de la subrogación no procede del pliego sino del convenio colectivo. Además de ello se duda sobre el número de trabajadores a subrogar.

La resolución indica "En cuanto al fondo de la cuestión planteada, cabe indicar que la obligación de subrogación en los contratos públicos es una cuestión de ámbito laboral y procederá cuando así se prevea de modo expreso en el convenio colectivo de referencia y en las condiciones que se indique, por lo que se recoge esta obligación a efectos meramente informativos, a fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta, entre los costes, esta eventualidad.

» (...) Tal y como indica la Resolución 150/2012 del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, "La Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de

82

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-69-2013>.

traspasos de empresas, centros de actividad o de partes de empresas, protege los derechos de los trabajadores en los citados supuestos y obliga al cesionario a mantener los contratos de trabajo y a subrogarse en los derechos y obligaciones del cedente. La norma comunitaria establece un mínimo de derecho necesario relativo, que pueden mejorar las disposiciones legales o reglamentarias y los convenios colectivos”.

»En este sentido, la Resolución 181/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que "la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, surge, normalmente, como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate. Ello significa que, existiendo un convenio colectivo que la exija, el hecho de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no la mencione, no es relevante jurídicamente, pues la obligatoriedad de la subrogación no procede del pliego sino del convenio colectivo.”

»El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 31/1999 señalaba que “En definitiva se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares”.

En cuanto al número real de trabajadores a subrogar, la Resolución señala lo siguiente:

No parece, por tanto, que pueda tener una favorable acogida la pretensión del recurrente puesto que, además, en el informe del órgano de contratación⁸³ se pone de manifiesto de modo expreso que “no se ha recibido comunicación alguna referente a la incorporación de un trabajador más a la prestación del servicio (se adjunta Certificado de registro de entrada de escritos de dicha empresa), ni la empresa ha negociado nunca con la Dirección del Complejo Asistencial incremento de personal”.

⁸³ El artículo 120 TRLCSP, que lleva por título “Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”, dispone que “En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste”.

En cualquier caso, como este Tribunal ha tenido ya ocasión de manifestar en su Resolución 62/2013, de 14 de noviembre, de existir una controversia de origen laboral la cuestión suscitada excedería del ámbito de conocimiento del Tribunal⁸⁴.

- La **Resolución 62/2013, de 14 de noviembre**⁸⁵, recuerda que uno de los criterios para establecer el valor estimado del contrato debería ser el de los costes laborales según el Convenio Colectivo aplicable al sector.

" (...) debe recordarse que el Convenio núm. 94 de la OIT sobre las cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas, impone como una de las obligaciones de la Administración que en los contratos públicos se asegure a los trabajadores del contratista unas condiciones de trabajo equitativas, esto es "el goce de salarios u condiciones de trabajo no menos favorables que las de los demás trabajadores de la actividad y lugar", circunstancias que debería haberse tenido en cuenta por el órgano de contratación al establecer el valor estimado del contrato (artículos 87 y 88 del TRLCSP).

- La **Resolución 85/2014, de 3 de diciembre**⁸⁶, indica que el presupuesto base de licitación debe calcularse con arreglo a las circunstancias del mercado, y analiza el valor de los Convenios Colectivos en este ámbito.

"La empresa recurrente afirma que el presupuesto base de licitación no cubre los costes laborales del personal a destinar a la ejecución del contrato,

⁸⁴ Se cita la Resolución 61/2013 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en el que la cuestión objeto del recurso consistía en que la recurrente, empresa que prestaba el servicio que se licita, entendía que en la relación del personal a subrogar no se habían incluido 12 trabajadores que venían prestando su servicio en el municipio de Camas, precisa que " Desde el punto de vista de la contratación pública el hecho de que se incorpore al PCAP la información de los trabajadores a subrogar, es necesario a efectos de cálculo de los costes salariales que han de tener en cuenta las empresas a efectos de formular su oferta.

Ahora bien, la cuestión de si los contratos de esos 12 trabajadores con la recurrente son contratos vinculados de manera exclusiva al Ayuntamiento de Camas y por tanto incluidos en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos en cuanto a la obligación de subrogar a dichos trabajadores, es algo que se ha de solventar en el ámbito laboral y de la jurisdicción social sin que sea en la sede de este órgano donde hayan de solventarse las cuestiones de índole laboral que quedan al margen de los principios de contratación pública" asimismo indica que "el recurrente sólo basa su recurso en la obligación de subrogación del personal en base al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y no en el incumplimiento de ningún precepto de normativa sobre contratación pública, no siendo Tribunal (sic) el competente para hacer cumplir a las empresas las obligaciones surgidas de la normativa laboral".

⁸⁵ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-62-2013>

⁸⁶ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-85-2014>

lo cual hace insostenible la prestación del servicio y supondría un importante peligro para la viabilidad de su prestación, lo que vulnera lo dispuesto en los artículos 139 (referente a los principios de igualdad y transparencia en la contratación) y 87 (que exige que el precio de los contratos sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado) del TRLCSP.

»El órgano de contratación, en su informe, afirma que el precio de contrato se ha calculado aplicando los parámetros señalados en el artículo 88.5.a) del TRLCSP, pues al tratarse de un contrato de servicios con carácter periódico se toma como base para el cálculo del valor estimado del contrato el valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial. Manifiesta que los precios contractuales de servicios similares de limpieza de edificios municipales se han calculado en los mismos términos y todos ellos se adjudican con baja económica.

»Este Tribunal comprueba que las cantidades que obtiene son ajustadas a las tablas salariales, permiten dar por probado que, tal como afirma el recurso, existe una minusvaloración de las prestaciones a realizar, lo que añadido al hecho de que, por razones obvias, el presupuesto máximo de licitación tampoco cubre los gastos generales ni el beneficio del contrato, debe llevar a admitir la inviabilidad del pliego desde el punto de vista económico.

»Este Tribunal considera que si bien los convenios colectivos del sector correspondiente no son vinculantes para la Administración⁸⁷, por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte, sí deberían tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación, especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto de contrato. En este caso el coste del personal debe ser, desde luego, un elemento a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación, habida cuenta de que el convenio colectivo prevé la obligación de contratar a los trabajadores de la empresa saliente.

»Como recuerda este Tribunal en la Resolución 62/2013, de 14 de noviembre, el Convenio núm. 94 de la Organización Internacional del Trabajo (al

⁸⁷ Sobre la adecuación del precio de los contratos al mercado y su relación con los convenios colectivos, la Junta Consultiva de las Islas Baleares, en el informe 4/2001, de 22 de febrero considera que es ajeno a la contratación administrativa, y por lo tanto no puede incidir sobre ella de forma directa, lo pactado en un convenio colectivo laboral, no obstante añade: " (...) se pueden considerar como momentos en los que el órgano de contratación puede tener en cuenta, de alguna manera el contenido de los convenios colectivos, por una parte cuando ha de fijar el presupuesto base de licitación, a la hora de cumplir con el mandato de que éste sea adecuado al precio del mercado (art. 14 LCAP), fijando y justificando en la memoria correspondiente un precio que contemple, entre otros factores, el coste establecido en el Convenio Colectivo".

igual que la Recomendación núm. 84) sobre las cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas, impone como una de las obligaciones de la Administración que en los contratos públicos se asegure a los trabajadores del contratista unas condiciones de trabajo equitativas, esto es "el goce de salarios u condiciones de trabajo no menos favorables que las de los demás trabajadores de la actividad y lugar", circunstancias que deben tenerse en cuenta por el órgano de contratación al establecer el valor estimado del contrato (artículos 87 y 88 del TRLCSP).

»El referido Convenio (Ginebra 2008), cuyo objetivo es la contratación pública socialmente responsable exhorta a que los contratistas se ajusten a la aplicación de las normas y los convenios colectivos, lo que requiere la inclusión de cláusulas en los contratos públicos que garanticen que los trabajadores concernidos tengan derecho a salarios, horas de trabajo y demás condiciones de empleo 'equitativas', como mínimo, del mismo nivel que las establecidas habitualmente para ese tipo de trabajo en la región en que se ejecute el contrato, y también garantizar, en caso de que existan, la aplicación de normas locales que establezcan un nivel de protección superior.

»Cuestión distinta es que las empresas licitadoras presenten sus ofertas económicas por debajo del coste laboral fijado en el convenio colectivo del sector, pues en este caso la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas que los licitadores han tomado en consideración para formular su proposición económica⁸⁸; y ello porque la circunstancia de que una proposición económica en un concurso sea inferior a la cantidad resultante de aplicar el coste hora fijado en el convenio colectivo del sector no impide la adjudicación del contrato a favor de dicha proposición económica, sin perjuicio de la posible aplicación de los criterios para apreciar bajas temerarias o desproporcionadas.

»La Resolución 18/2012 de 17 septiembre del Tribunal Administrativo de recursos Contractuales de Castilla y León, respecto a la inobservancia en la estimación del valor del contrato de los precios habituales del mercado a los que se refiere el artículo 88.2 del TRLCSP, trae a colación por su

⁸⁸ La Resolución nº 634/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que la imposibilidad de que una oferta adjudicataria pueda cubrir siquiera los costes de personal derivados del convenio colectivo del sector, no es motivo para considerarla incurso en presunción de temeridad y por ende rechazar tal oferta, ya que el cumplimiento de la normativa laboral es una cuestión relativa a la ejecución del contrato. Señala que: "Las apreciaciones de la recurrente se fundamentan en cálculos del precio/hora deducido del Convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de Cantabria. Pero el cumplimiento de la normativa laboral es una cuestión relativa a la ejecución del contrato. La apreciación sobre si con las ofertas presentadas se pueden satisfacer los salarios establecidos en el convenio colectivo, es una cuestión ajena al proceso de licitación y que, en todo caso, debe verificarse en la ejecución del contrato. Por tanto, la alegación de la recurrente sobre la imposibilidad de que la oferta adjudicataria pueda cubrir siquiera los costes de personal derivados del convenio colectivo del sector, no es motivo para rechazar tal oferta. Así lo hemos manifestado en múltiples resoluciones (como referencia en la nº 136/2012, de 20 de junio) en el sentido de que no se puede rechazar una proposición o impedir la adjudicación de un contrato por la única causa de un hipotético incumplimiento de las tablas salariales de un convenio colectivo".

claridad para resolver la cuestión la Resolución 291/2011, de 30 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la cual, con fundamento en el principio de control del gasto público, recuerda que aquél parámetro no constituye un límite por debajo del cual sean inadmisibles las ofertas. De este modo indica que `Al tiempo de fijarse el presupuesto o precio de un contrato hemos de partir del principio de control del gasto, cuya previsión normativa aparece en el artículo 1 de la LCSP, al disponer que: `La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa´.

»El principio de control del gasto debe inspirar la interpretación del artículo 75 de la LCSP de manera tal que cuando se indica que `Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados´, no se impone a la Administración un `suelo´ consistente en el precio general de mercado, por debajo del cual no pueda admitir ofertas, sino todo lo contrario, se persigue el precio más económico, fijado en concurrencia, con el límite de los precios anormales o desproporcionados a la baja. De modo que lejos de encontrarnos con un `suelo´ nos encontramos con un `techo´ indicativo”.

Por todo lo expuesto “cabe señalar que, teniendo en cuenta la prestación objeto del contrato, el presupuesto base de licitación debe calcularse con arreglo a las circunstancias del mercado a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 87 del TRLCSP y garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad y transparencia en la contratación a los que se refiere el artículo 139 del TRLCSP.

»A esta conclusión anterior no puede oponerse el argumento del órgano de contratación de que el anterior contrato se adjudicó por un precio menor que el que ahora se va a licitar, ni que se ha hecho la fijación del precio del contrato sobre la base de los valores de contratos anteriores conforme exige el artículo 88.5 del TRLCSP antes citado. Y no puede oponerse esta circunstancia sencillamente porque el precepto en cuestión parte de la base de que el precio fijado para los anteriores contratos debe ser congruente con el valor ordinario de la prestación en el mercado y no, como sucede aquí, notablemente inferior a dicho valor. En consecuencia, procede estimar el recurso y retrotraer las actuaciones para fijar un precio de licitación acorde con las circunstancias del mercado”.

4.10.- El control sobre las ofertas con valores anormales o desproporcionados.

La figura de las ofertas con valores anormales o desproporcionados -las conocidas como bajas temerarias-, tiene como fin evitar los problemas causados por un eventual incumplimiento en la ejecución de un contrato ocasionado por un adjudicatario que presentó una proposición de difícil o imposible cumplimiento. La existencia de bajas desproporcionadas se ha extendido en el contexto de crisis económica, marco en el que la estrechez y la competencia por un contrato es mayor.

Aunque podría pensarse que es preferible para el interés público que el poder adjudicador pague cuanto menos mejor por una prestación. La regla del precio más bajo tiene unos límites, por debajo de los que sobrepasarlos se considera un indicio⁸⁹ de que la proposición no puede ser cumplida y que, por tanto, deben tomarse precauciones antes de realizar la adjudicación.

Al ser una mera sospecha, el hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica la exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes. La decisión final sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incurso en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante.

El TARCCYL cuenta ya con un amplio número de pronunciamientos acerca de las propuestas que incurren en una presunción de temeridad, anormalidad o desproporción⁹⁰, y las exclusiones por esta causa.

- Entre ellas, la **Resolución 44/2014, de 5 de junio**⁹¹, analiza la normativa sobre las ofertas anormalmente bajas y su relación con los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos.

⁸⁹ La doctrina del Tribunal de Justicia de la U.E. (entre otras, Sentencia 27 de noviembre de 2001 *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni*) mantiene de forma reiterada que la calificación de una oferta como anormalmente baja es presunta y se requiere siempre, en todo caso, solicitar de los afectados una justificación o defensa de las razones que han llevado a presentar una proposición que es considerada desproporcionada o anormal.

⁹⁰ Durante el periodo 2012-2015 aproximadamente una veintena de recursos se han fundamentado en esta causa (Por todas, las Resoluciones del TARCCYL 19 y 24/2012; 6, 12, 20, 24, 29, 57, y 62/2013; y 3, 6, 17, 21, 26, 32, 44, 46, 51, 59, 65, y 70/2014).

⁹¹

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla->

Señala que "Sobre este particular, hay que tener en cuenta que el artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, no regula la forma de determinar cuándo ha de considerarse anormalmente baja una oferta, sino que únicamente establece que, antes de rechazar una oferta considerada como tal, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta, enumerando a qué aspectos podrán referirse aquéllas. Deja, por tanto, a criterio del legislador de cada Estado miembro la forma de determinar las ofertas anormalmente bajas.

»Con esta finalidad, el artículo 152 del TRLCSP diferencia los sistemas de apreciación del carácter anormal o desproporcionado de las ofertas en atención a la forma de adjudicación de los contratos, esto es, según que en la adjudicación deba considerarse únicamente el criterio del precio, o más de un criterio.

»Para el primer supuesto, el artículo 152 del TRLCSP, apartado primero, establece que 'Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado'.

»Esta remisión a la norma reglamentaria conduce precisamente al artículo 85 del RGLCAP, en vigor en lo que no se oponga a lo dispuesto en el TRLCSP, que regula los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas (actualmente ofertas con valores anormales o desproporcionados en los contratos a adjudicar mediante criterio precio), para lo que distingue diferentes supuestos, en función de que concurra al procedimiento un solo licitador, dos, tres, y cuatro o más licitadores. Los criterios a aplicar a los diferentes supuestos lo son por referencia al conjunto de ofertas válidas presentadas, por lo que resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 152.1 del TRLCSP.

»Por el contrario, cuando la adjudicación se efectúa considerando más de un criterio, no es el reglamento, sino los pliegos los que han de determinar si se permite o no apreciar el referido carácter desproporcionado o anormal de las proposiciones y los criterios a emplear para ello. Así lo especifica claramente el mismo artículo 152 del TRLCSP, ahora en el apartado 2, al establecer: 'Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en

función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales” .

De acuerdo con el citado precepto, “cuando para la adjudicación se consideren varios criterios, como es el caso, la apreciación de que una proposición es anormalmente baja exige que en el pliego se hayan establecido los criterios para apreciar que una oferta puede ser anormal o desproporcionada: pero es una mera posibilidad que tienen el órgano de contratación, ya que la utilización del futuro ‘podrá’ se aparta del carácter de obligación, por lo que, si los pliegos no indican otra cosa, no podrá apreciarse que la oferta es anormal o desproporcionada. En este sentido, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (por todas, Resoluciones 44/2014 y 46/2014), el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (resoluciones 24/2011, 1/2011, 127/2013 o 25/2014) así como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 28/2005, de 29 de junio) han señalado que ‘en ausencia de tal previsión expresa, no son por sí aplicables las referencias objetivas que, para el supuesto de que el único criterio de adjudicación será el precio, resultan de la disciplina reglamentaria de aplicación y, en particular, del artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

En el supuesto resuelto por la referida Resolución, no se estableció parámetro alguno: “la adjudicación del contrato de suministro de gases medicinales y de uso sanitario, a granel y en botella, para las Gerencias de Atención Especializada se realiza mediante procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación. En consonancia con ello y con la previsión del artículo 152.2 del TRLCSP, la cláusula 3.1.2.4 del PCAP establece que ‘La consideración de una proposición como desproporcionada o anormal se realizará de acuerdo con los parámetros objetivos establecidos en el apartado 15.2 del cuadro de características’. Y en este apartado del cuadro no sólo no se determina parámetro alguno, sino que se excluye expresamente la posibilidad de considerar en este suministro el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas, circunstancias todas ellas que determinan que el recurso debe decaer también por este motivo”.

- En el caso de la **Resolución 12/2013, de 27 de marzo**⁹², consta que se cumplió con la tramitación procedimental del referido artículo 152 del TRLCSP, puesto que se dio audiencia a la entidad recurrente para que aportara la documentación que pudiera acreditar la posibilidad de cumplir con el objeto

⁹²

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-12-2013>

del contrato⁹³; además, consta que se solicitó y emitió informe técnico en el que se indicaron las razones para no estimar justificada dicha baja temeraria. Sin embargo, tales razones no se comunicaron al licitador, puesto que no sirvieron para motivar el Acuerdo de exclusión, ni se recogieron, siquiera sucintamente, en la notificación al recurrente: "Ni el Acuerdo de exclusión, ni la notificación que de la exclusión se efectúa motivan por qué la oferta presentada por el recurrente no puede ser cumplida por incluir valores anormales o desproporcionados. Es en el informe técnico solicitado al amparo del artículo 152.3 del TRLCSP en el que se establecen las razones para no estimar justificada la baja temeraria; no obstante, ni el contenido de dicho informe consta en el Acuerdo, ni éste se remite junto con la notificación de la exclusión, por lo que la empresa recurrente no tuvo conocimiento de dicho informe".

- En este mismo sentido, las **Resoluciones 19/2012, de 16 de octubre⁹⁴, 21/2014, de 27 de febrero y 46/2014, de 2 de julio⁹⁵**, analizan la falta de motivación de la exclusión -por qué la oferta presentada por el recurrente no puede ser cumplida por incluir valores anormales o desproporcionados-.

- En concreto la referida **Resolución 21/2014, de 27 de febrero⁹⁶**, examina el procedimiento previsto legalmente para determinar si una proposición es o no desproporcionada o anormal y los efectos⁹⁷, para examinar después si la

⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 29 de marzo de 2012. De esas disposiciones, redactadas en términos imperativos, resulta claramente que el legislador de la Unión ha querido obligar al poder adjudicador a verificar la composición de las ofertas anormalmente bajas, imponiéndole igualmente la obligación de solicitar a los candidatos que aporten las justificaciones necesarias para demostrar que esas ofertas son serias (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, C-285/99 y C-286/99, Rec. p. I-9233, apartados 46 a 49).

⁹⁴ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2012/resolucion-19-2012>

⁹⁵ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-21-2014>

⁹⁶ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-21-2014>

⁹⁷ En relación con este procedimiento, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (por todas, Resoluciones 24/2011, de 9 de febrero, y 72/2012, de 21 de marzo) extrae las siguientes conclusiones:

"(...) la apreciación de que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un instrumento para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. De acuerdo con ello, la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no

justificación de la baja realizada ha sido desacreditada de forma objetiva y suficientemente motivada.

En el caso analizado “el único argumento que se emplea para apreciar la anormalidad o desproporción de la oferta de la UTE recurrente ha sido el de la infracción de la legislación laboral sobre protección del empleo y condiciones de trabajo, en relación al salario previsto para el laborante-vigilante de obra, que entiende muy inferior a cualquier salario mínimo”.

El recurso sostiene que el informe técnico se basa en una argumentación errónea, puesto que en la justificación de la valoración de la oferta de la UTE “queda completamente claro, que la persona que asume las labores de Laborante-Vigilante de Obra, está contratado por la empresa (...), empresa que recibirá esa cantidad de 4.375 euros de la UTE (...), por los trabajos que ella asume, pero ello no implica que ese laborante-vigilante de obra reciba esa cantidad por un trabajo a tiempo completo, ya que al ser contratado de la empresa (...) tendrá garantizado un salario que cumple todas las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes.

»Además, en la justificación del informe técnico por el que se nos rechaza la justificación económica de la oferta se indica, como ya se ha recogido anteriormente, lo siguiente: ` (...) y al que incluso habría que detraer como profesional independiente, los costes derivados de las prestaciones sanitarias y aseguradoras´.

»Es decir que dicho informe técnico cree, erróneamente, que el trabajador sería profesional independiente, cosa que es absolutamente incierta, como se puede comprobar en la oferta, y que aquí acabamos de resumir”.

siendo posible su aplicación automática.

»En definitiva la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos.

»(...).»De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando, como es el caso, no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, cabría calificarla de arbitraria, pues como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984 “lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como *‘sit pro rationes voluntas’*, o la que ofrece es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación, porque si no hay motivación que la sostenga el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopte”.

»En relación con ello, cabe traer a colación la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 116/2012, de 16 de mayo, que indica que "este Tribunal ya se ha manifestado en diversas ocasiones (entre otras, las resoluciones 308 y 298/2011, recursos 264 y 278/2011), en el sentido de que el órgano de contratación no tiene la obligación de comprobar el cumplimiento de la legislación laboral en el ámbito de los costes salariales ni rechazar una proposición o impedir la adjudicación del contrato a favor de un licitador por la única causa de su hipotético cumplimiento, sin perjuicio de que pueda resultar aplicable lo previsto en el artículo 152 del TRLCSP para las ofertas con valores anormales o desproporcionados para aquellos supuestos, como el del expediente aquí impugnado, en los que el pliego prevea su aplicación cuando deba considerarse más de un criterio de valoración.

»Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha manifestado en diversas ocasiones (informes 34/99 de 12 de noviembre de 1999 y 34/01 de 13 de noviembre de 2001, entre otros) que, cumplido el requisito de que las proposiciones económicas no rebasen al alza el presupuesto base de licitación, "la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para llegar a un resultado concreto en cuanto a la cuantía de su proposición económica, en particular, en el caso consultado, si los licitadores en su proposición económica han tenido en cuenta los efectos derivados del artículo 77 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, puesto que ello desvirtuaría el sistema de contratación administrativa obligando a la Administración, concretamente, al órgano de contratación a realizar un examen y comprobación de elementos heterogéneos...., que por otra parte y por idénticas razones debería extenderse a otros elementos o componentes con influencia en la proposición económica, como pudiera serlo, por ejemplo, el pago de impuestos, el disfrute de exenciones y bonificaciones, posibles subvenciones, otros aspectos de la legislación laboral.

»(...) el rasgo característico fundamental de la regulación de bajas temerarias u ofertas anormalmente bajas en la terminología de las Directivas comunitarias y, precisamente, por influjo de estas últimas, es el de evitar el rechazo automático de las proposiciones incursas en presunción de temeridad efectuando, previamente a la adjudicación o rechazo, una verificación o comprobación de la susceptibilidad de cumplimiento y que la determinación inicial o presunta de la temeridad siempre ha de realizarse en comparación con las restantes proposiciones, bien con los criterios matemáticos del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado (en la actualidad, la remisión sería al artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) en el caso de subasta, bien con arreglo a fórmulas o criterios incluidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en el caso de concurso (...)'".

De acuerdo con estas consideraciones, "en el caso analizado puede concluirse que la presunción de anormalidad de su oferta no ha sido desacreditada de forma objetiva ni suficientemente motivada. La exclusión del

licitador con el único argumento de que el salario previsto para el laborante-vigilante no alcanza el mínimo previsto en la normativa laboral es contraria a la doctrina expuesta. El informe al recurso emitido por el órgano de contratación se extiende en otras consideraciones, no contempladas en la resolución que acuerda la exclusión de la proposición de la UTE recurrente y que, en consecuencia, ésta no ha podido contradecir, ni pueden ser valoradas en este momento a fin de fundar la exclusión en el motivo indicado. En consecuencia, procede estimar el recurso interpuesto y anular la resolución impugnada, a fin de que sea valorada la proposición formulada por las empresas recurrentes y se efectúe tras ello nueva adjudicación”.

- En el caso examinado en la **Resolución 62/2013, de 14 de noviembre**⁹⁸, la Mesa de contratación no identifica que la oferta presentada por la empresa adjudicataria incluye valores presuntamente anormales o desproporcionados y, en consecuencia, no realiza el correspondiente requerimiento al licitador para que precise las condiciones que viable su proposición.

Por ello el Tribunal considera que “no se han cumplido las exigencias legales⁹⁹, en cuanto que no se ha recabado el informe al licitador que formuló la oferta presuntamente desproporcionada o anormalmente baja, por lo que, desde una perspectiva sustantiva, no hay fundamentación técnica que explique y razone porqué esta oferta puede ser cumplida y no afecta a las reglas de la competencia”.

- La **Resolución 84/2014, de 26 de noviembre**¹⁰⁰, examina la extensión de efectos de la estimación del recurso especial a los licitadores excluidos por la misma causa, por aplicación del principio de igualdad. En el mismo sentido las **Resoluciones del TARCCYL 7/2014, 80/2014 y 84/2014**.

La Resolución establece lo siguiente:

“5º.- (...) Por todo ello, declarada la improcedencia de la exclusión

⁹⁸ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-62-2013>

⁹⁹ Artículo 152.3 del TRLCSP “Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado”.

¹⁰⁰ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-84-2014>

de la mercantil Smiths Medical España, S.R.L. del procedimiento de licitación del Lote nº2, este Tribunal ha de estimar el recurso deducido, acordando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dicho acto, ordenando asimismo que se admitan las ofertas incursas en igual causa de exclusión, puesto que, como pone de manifiesto la Resolución 240/2012, de 31 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el principio de igualdad en materia de contratación exige que sean tenidas igualmente en cuenta las proposiciones de aquellos licitadores excluidos por la misma causa, cuyas ofertas deben ser admitidas. En el mismo sentido, se ha pronunciado este Tribunal en sus resoluciones 7/2014, de 23 de enero y 80/2014, de 20 de noviembre.”

4.11.- Los errores en las ofertas.

Son numerosísimas las Resoluciones¹⁰¹ dictadas por este Tribunal en relación a errores de los candidatos y licitadores, circunstancias que constata que el procedimiento de contratación es muy formalista y que en algunas ocasiones los pliegos no son fáciles de interpretar.

Surge el problema de deslindar los tipos de errores, cuándo son sustanciales o no y, por tanto, susceptibles de subsanación.

Por regla general la variación en la proposición económica de un licitador es error material no meramente formal, e implica su exclusión del proceso de licitación. De igual manera se consideran relevantes los errores en el régimen jurídico de presentación de ofertas, en el contenido u orden de los sobres si desvelan secretos de las proposiciones¹⁰².

- Las **Resoluciones 43 y 44/2014 de 5 de junio**¹⁰³, analizan la improcedencia de excluir la oferta económica que incurre en simple error

¹⁰¹ A título de mero ejemplo, se pueden citar las Resoluciones del TARCCYL números 1, 2, 5, y 22/2012; 8, 9, 23, 34, 38, y 46/2013; y 34, 47, 50 y 87/2014.

¹⁰² La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009 señala: “Ciertamente la norma legal aquí aplicable, artículo 79.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, reproducida en los artículos 79.1 y 80.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, impone el carácter secreto de las proposiciones. Se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias. Por ello cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable (...)”.

¹⁰³ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-43-2014>

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-44-2014>

aritmético o de cuenta.

Se indica que “El sistema de determinación del precio empleado, por precios unitarios, impide apreciar en este caso la concurrencia de los presupuestos que, conforme al citado artículo 84 RGLCAP, posibilitarían la exclusión del mencionado licitador, pues bastaba efectuar una simple operación aritmética para salvar el error de cuenta que afectaba a la oferta de esta empresa, al no haber multiplicado los precios unitarios ofertados por el número de anualidades del contrato”.

En apoyo de esta solución puede traerse a colación la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 278/2012, de 5 de diciembre, según la cual “(...) de acuerdo con el artículo 84 del RGLCAP, el error en el importe de la proposición sólo puede determinar la exclusión cuando sea ‘manifiesto’, y aún si existiese reconocimiento por parte del licitador de que la oferta adolece de error o inconsistencia, procedería la exclusión si éstos hicieran ‘inviabile’ la proposición. A este respecto, es preciso reiterar el criterio señalado al respecto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 30/2008, y asumido por este Tribunal, según el cual ‘Este requisito de la inviabilidad es de carácter objetivo, no dependiendo, por tanto, de la mera voluntad del licitador y debe ser libremente apreciado por la mesa de contratación. Se trata además de un concepto jurídico indeterminado por lo que deberá ser apreciado en función de las circunstancias que concurran en cada caso’. (...) Aplicando la doctrina expuesta a nuestro caso, de acuerdo con lo señalado en el fundamento anterior, observamos que el error cometido consiste en un error material de cálculo al determinar el importe total de la oferta que debe ser consecuencia de los importes unitarios ofertados para cada tipo de licencia, teniendo en cuenta el número de unidades a suministrar para cada una de ellas. En consonancia con ello, la mesa de contratación ha considerado que se trata de un error de cuenta, criterio que comparte este Tribunal. Así, el ‘error de cuenta’, de acuerdo con la doctrina civil, es el que se produce al operar en el cálculo matemático –como es el caso aquí examinado-, y de acuerdo con el artículo 1266 del Código Civil ‘el simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección’”.

- La **Resolución 70/2014 de 23 de octubre**¹⁰⁴, analiza el artículo 84 RGLCAP, en un caso en el que la oferta se expresa por precio unitario y no por lote, según exige el PCAP.

La solución de este recurso exige determinar las consecuencias que acarrea la comisión de un error en la oferta económica por parte de un licitador y si debe admitirse su corrección por el licitador una vez abiertas las ofertas.

Se estudia el error de las proposiciones a través del análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010), y las consecuencias del reconocimiento del error en la

¹⁰⁴

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-70-2014>

oferta económica con mención a la doctrina contenida en la Resolución 283/2012, de 14 de diciembre, del Tribunal Central de Recursos Contractuales.

Expuesta la doctrina sobre la cuestión sobre la que versa el recurso, “cabe señalar en primer término que, en este caso, el error en la oferta económica alegado por la recurrente no era manifiesto, puesto que en la oferta que realizó a los tres lotes en los que fue excluida no explicitaba el número de unidades a suministrar ni expresaba de otro modo que el importe ofertado lo fuera por precio unitario. La falta de dicho carácter resulta además de la circunstancia de que, en el procedimiento de adjudicación de este contrato, han resultado justificadas por otras empresas bajas muy considerables en ofertas que, en la tesis defendida por la recurrente, hubieran debido entenderse también formuladas por precio unitario.

»(...) Consecuencia de lo anterior fue que, por exceder la baja realizada por (...), S.L. en los lotes mencionados, del límite previsto al efecto en el PCAP, se le concedió audiencia para justificar tal valoración al amparo del artículo 152.3 TRLCSP. En dicho trámite, la empresa recurrente reconoció el error padecido al expresar el precio por unidad de producto y no por lote. A la vista de tal aclaración y del informe del Servicio Central de Compras de 25 de julio de 2014 que entiende que la aclaración formulada acredita que no se justifica la viabilidad de la oferta económica, la Mesa de Contratación propuso la exclusión de la recurrente, finalmente acordada en la resolución de adjudicación que impugna por tal motivo.

»Como resulta del expediente, es claro que el PCAP, en el punto 11.4 de su Cuadro de Características, determina un presupuesto de licitación a tanto alzado por lotes y no por precios unitarios. Al igual ocurre con el modelo de oferta económica del anexo 2 bis del PCAP, en el que no se establece la mención del número de unidades a suministrar. A este respecto el artículo 87.2 TRLCSP dispone que ‘El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. (...)’.

»Debe tenerse en cuenta además que ni el PCAP ni el PPT determinan en ningún momento un importe por producto o unidad a suministrar. Una de las razones para ello puede obedecer a que el objeto de esta contratación no se limita al suministro o entrega del producto sino que incluye también su instalación y otras prestaciones resultantes de las obligaciones del adjudicatario expresadas en los pliegos, a saber, la integración de la información generada por los equipos (imágenes datos, etc.) según condiciones generales respecto al equipamiento TIC de la Dirección General de Planificación e Innovación, o el proceder a la capacitación y formación de los profesionales designados por el Centro, de acuerdo con el pliego y el plan de formación ofertado.

»En tal caso, si se ofrecen importes por unidad de producto, esto es, por el número de electrocardiógrafos, desfibriladores y tensiómetros a

suministrar, como hace la recurrente, es imposible saber si está ofreciendo ese importe para el conjunto de las prestaciones descritas o únicamente para algunas de ellas. De este modo, puesto que las interpretaciones posibles de la oferta económica dentro de lo razonable resultaban variadas y no una sola, hay que entender que no estamos ante un simple error de cálculo, como alega la recurrente, y que la actuación de la Mesa, al no admitir la subsanación pretendida por la reclamante fue conforme a Derecho, pues nunca es admisible que mediante la aclaración se produzca la corrección o mejora de los términos de la oferta”.

- La **Resolución 47/2014, de 2 de julio**¹⁰⁵, examina uno de los frecuentes casos de errores de los licitadores, en el que se desvela el secreto de las proposiciones.

La Resolución comienza explicando el porqué de este tipo de previsiones del procedimiento de contratación: “Las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios de adjudicación no son meros requisitos formales del procedimiento, sino que tienen por objeto, en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, obtener la máxima objetividad posible en la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello, el conocimiento anticipado de los que son aplicados mediante fórmulas puede afectar al resultado de dicha valoración, y cuando es conocida solamente la de una parte de los licitadores implica desigualdad en el trato de éstos”¹⁰⁶.

En el presente caso, “la empresa recurrente cometió el error de vulnerar el orden procedimental, lo que supone un defecto formal que desvela el secreto de la oferta, aunque sea de forma parcial, y un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 150.2 del TRLCSP y en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, citado.

»El apartado 2.5.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), tras indicar la documentación que deberá incluirse en los sobres A (documentación administrativa), B (‘criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor’) y C (‘criterios evaluables mediante fórmulas’), señala que ‘La inclusión en este sobre de documentación que esté relacionada con los criterios evaluables mediante fórmulas dará lugar a la exclusión de la proposición del procedimiento de adjudicación por vulnerar el carácter secreto

¹⁰⁵

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-47-2014>

¹⁰⁶ Esta postura se mantiene de forma unánime por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (informes 43/02, 20/07 y 62/08), el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resoluciones 146 y 147/2011, 67/2012, 27/2013, 634/2013 y 326/2014), el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (Resoluciones 50, 51, 52 y 59/2012) y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (Resoluciones 8, 34 y 38/2013 y 34/2014).

que han de tener las proposiciones’.

»En el sobre B debía incluirse, entre otros documentos, una ‘declaración de productos ofertados en el modelo del anexo nº 4 debidamente cumplimentado’; y en el sobre C, la oferta económica formulada conforme al modelo recogido en el anexo 2 y 2 bis del PCAP. Por tanto, la dicción literal del PCAP es clara en cuanto al contenido de cada uno de los sobres y no induce a confusión alguna.

»En la documentación aportada por la empresa recurrente en el sobre B (criterios evaluables mediante juicios de valor) se incluye el plazo de entrega de los productos ofertados (que fija entre 12 y 24 horas, según se trate de pedidos ordinarios o urgentes), aspecto éste que el apartado 15 del cuadro de características del PCAP establece como criterio evaluable mediante fórmula (plazo de respuesta ante posibles incidencias) y que se pondera con 5, 3 o 0 puntos según que dicho plazo sea igual o inferior a 24 horas, a 48 horas o superior a 48 horas. Como ya se ha señalado, tal información debía incluirse en el sobre C (criterios evaluables mediante fórmulas)”.

- La **Resolución 56/2014, de 31 de julio**¹⁰⁷, examina otro caso en el que se introducen datos relacionados con un criterio de adjudicación anticipadamente.

La Resolución señala que “la inclusión por el licitador en el sobre nº1 de datos relativos a la antigüedad de los vehículos, valorable como criterio de adjudicación mediante fórmula, (...) vulnera en definitiva los preceptos legales ordenados a garantizar el secreto de las ofertas y la evaluación separada y previa de los criterios no evaluables mediante fórmula respecto a los valorables por fórmula.

»Si se considera que estas exigencias no tienen más finalidad que la de establecer un procedimiento ‘ordenado’ de apertura de las documentaciones, podría admitirse que su incumplimiento no determinase de forma inevitable la exclusión del procedimiento de las empresas que incumplen dichas previsiones. Sin embargo, tal conclusión adolecería de superficialidad, en la consideración del verdadero propósito de las exigencias formales de la contratación pública. La finalidad última del sistema adoptado para la apertura de la documentación, que constituye la base de la valoración en dos momentos temporales, es mantener, en la medida de lo posible, la máxima objetividad en la valoración de los criterios que no dependen de la aplicación de una fórmula, y evitar así que el conocimiento de la valoración de los llamados criterios objetivos pueda influir en la de los sujetos a juicio de valor.

»De ello se deduce que, si se admitieran las documentaciones

¹⁰⁷

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-56-2014>

correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la documentación de carácter técnico, presentada por éstos, puede ser valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta. De modo que se infringirían los principios de igualdad y no discriminación que con carácter general consagra el TRLCSP”.

4.12.- El problema de las notificaciones y su motivación.

El procedimiento de adjudicación de los contratos está sujeto a los principios de publicidad y transparencia (artículos 1 y 139 del TRLCSP), que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes¹⁰⁸.

El artículo 151.4 del TRLCSP dispone que la adjudicación “deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil del contratante. La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación”.

Asimismo el mencionado artículo regula el contenido mínimo de la notificación de la adjudicación del contrato disponiendo que deberá contener:

“a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

»b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

»c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido

¹⁰⁸ El Tribunal Constitucional tiene establecido que “el interesado o parte ha de conocer las razones decisivas, el fundamento de las decisiones que le afecten, en tanto que instrumentos necesarios para su posible impugnación y utilización de los recursos” (Sentencia 232/92, de 14 de Diciembre); que “la exigencia de motivación suficiente es, sobre todo, una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la resolución dada el caso es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad (Sentencias 75/1988, 199/1991, 34/1992 y 49/1992, entre otras muchas)”.

seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”.

El deber de motivar la resolución por la que se adjudica un contrato público o se produce una exclusión, es consecuente con lo dispuesto en el artículo 54.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que exige la motivación de los actos administrativos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales y de los que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva, “de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”.

Hay que tener en cuenta también que la notificación es un acto distinto del acto notificado que actúa como condición de eficacia de aquél¹⁰⁹, de forma que “si de la documentación incorporada al expediente se deriva que el acto de que se trate está suficientemente motivado, aun cuando la notificación del mismo haya sido realizada incorrectamente, no concurriría causa suficiente para su anulación. En el mismo sentido, en fin, cabe reseñar el Dictamen del Consejo de Estado de 25 de julio de 2002 (expediente 1770/2002) en el que se sostiene que la notificación es un requisito de eficacia y no de validez del acto administrativo, de manera que los eventuales defectos de aquélla no determinan la ilegalidad del acto, aunque sí que no surta efectos frente a su destinatario” (Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales 256/2013 o 254/2012).

Sin embargo, no se exige que la motivación del acto sea exhaustiva (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 31 de octubre de 1995 y 11 de febrero de 1998), sino que basta con una fundamentación somera de los criterios seguidos para su adopción, a fin de que los licitadores puedan tener conocimiento cabal de los motivos por los que se ha adjudicado el contrato a un licitador, de las razones que justifican la desestimación del resto de ofertas y, en su caso, de las causas de exclusión, al objeto de permitirles ejercitar de manera fundada los recursos que procedan a través de un recurso eficaz y útil; de lo contrario, se ocasionaría indefensión a los interesados. Igualmente la motivación del acto puede realizarse por referencia a informes que ofrezcan justificación suficiente de su adopción¹¹⁰.

¹⁰⁹ Resolución del TARCCYL 66/2014, de 25 de septiembre.

¹¹⁰ Así lo refieren las Resoluciones del TARCCYL números 13, 14, 25, y 57/2013; y 24, 59, 66, y 89/2014., y lo recoge por ejemplo la Resolución 106/2013, de 9 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía: “Partiendo de que la exigencia de motivación no puede ser suplida por la fijación de puntuación, en tanto que no se exteriorizan las razones de la Administración para adjudicar dicha puntuación privando a los licitadores del conocimiento de los fundamentos que podrían dar lugar a la interposición de un recurso y por tanto generar indefensión material, lo cierto es que la motivación puede ser también *in aliunde*, por remisión a informes incorporados en el expediente de forma semejante a lo señalado en el art. 89.5 de la Ley 30/92, a través de los cuales el interesado puede conocer los motivos de la resolución”. En el mismo sentido, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ha declarado que aun cuando la motivación no venga reflejada en el acto administrativo que ponga

Por todo ello, a los efectos de este Tribunal, el contenido de la notificación debe permitir al recurrente interponer, conforme al artículo 40 del TRLCSP, un recurso suficientemente fundado, por lo que si no tiene datos suficientes, el contenido de la notificación no resulta conforme con lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP y la pretensión será estimada.

El TARCCYL ha examinado multitud de recursos basados en la falta de motivación o en los defectos de notificación.¹¹¹ Entre ellos, deben destacarse las siguientes Resoluciones:

- La **Resolución 66/2014, de 25 de septiembre**¹¹², examina un caso de deficiente notificación de la adjudicación a la empresa recurrente. La Resolución diferencia entre la motivación contenida en la resolución de adjudicación y la presente en la notificación de ésta a los interesados.

En el caso analizado, la resolución de adjudicación del contrato se limita a especificar la puntuación obtenida por cada uno de los licitadores, y se remite como fundamento de aquéllas -aunque muy genéricamente- al informe técnico de valoración de ofertas, en el que se expresan los criterios y motivos que han determinado la obtención de las puntuaciones reflejadas en el acuerdo de adjudicación. De este modo, de la documentación incorporada al expediente no se deriva que el acto de adjudicación esté insuficientemente motivado, por lo que no concurre causa suficiente para anular la adjudicación por falta esta causa.

Por el contrario, no cabe realizar la misma apreciación respecto de la notificación del acuerdo de adjudicación¹¹³.

fin al procedimiento, se daría cumplimiento a la exigencia de los artículos 54.2 y 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, siempre que tal motivación aparezca suficientemente justificada a lo largo del procedimiento (por todos, Acuerdo 6/2012, de 31 enero de 2012).

¹¹¹ Por todas, las Resoluciones del TARCCYL números 9, 12, 14, y 25/2013; 24, 66 y 89/2014.

¹¹² <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-66-2014>

¹¹³ Se dicta en apoyo de la argumentación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2010 (Asunto C-406/08 Uniplex):

“30. (...) el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso.

»31. El candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato”.

Por su parte, el informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, indica que “La finalidad de este precepto al establecer la obligación

En este caso, “el acuerdo de adjudicación se ha notificado incorrectamente, ya que se limita a transcribir el acto de adjudicación, en el que como se indicó, solo figuran las puntuaciones obtenidas por cada licitador, sin que conste que dicha notificación fuera acompañada del informe técnico de valoración. Además, el Ayuntamiento no posibilitó el acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso, pese a la solicitud presentada a tal fin por la interesada (...). A este respecto, la recurrente aporta escrito del Ayuntamiento de 26 de agosto en el que suspende la citación prevista para el 28 de agosto para la puesta a disposición del expediente, con motivo de haber recibido la comunicación de interposición de este recurso especial y tener que remitir el expediente al Tribunal. Por otra parte, la vista del expediente que ha realizado la recurrente en la sede de este Tribunal el 18 de septiembre de 2014 no supe las deficiencias manifestadas, las cuales, como afirma en el recurso, le han impedido articular adecuadamente la defensa de sus pretensiones y, en consecuencia, determina que deba estimarse el recurso en este aspecto y anular las actuaciones subsiguientes a la adjudicación, para que se lleve a efecto una notificación de la adjudicación adecuada al artículo 151.4 TRLCSP. Dicha anulación alcanza al contrato formalizado el 14 de agosto de 2014, al amparo del artículo 37.1.b) TRLCSP”.

- Por su parte la **Resolución 24/2014, de 10 de marzo**¹¹⁴, estudia un caso de motivación defectuosa de la adjudicación a los licitadores, en el que la empresa recurrente ha tendido acceso a las actas que la motivan pero no a las plicas de terceros. Por causa de la solicitud del recurrente del examen completo de todas las plicas, se analiza también el conflicto entre licitadores. Esto es, el derecho de defensa del recurrente frente al derecho a la protección de los intereses comerciales del adjudicatario.

En el presente caso, los licitadores no han tenido un conocimiento adecuado de las puntuaciones que se han otorgado por los diversos criterios de valoración que han servido de base para la puntuación final obtenida. Se desconocen los fundamentos de las puntuaciones otorgadas a las valoraciones técnicas y su justificación. Por ello, este Tribunal considera que la notificación de

de notificar los extremos citados, previa solicitud de los interesados, no es otra que conocer de forma suficiente los motivos por los cuales se ha efectuado la adjudicación. Sin embargo, de ello no se deduce ni que todos los extremos de la proposición vencedora deban ser notificados, ni que se deba entregar copia de todos los documentos que la componen. Por el contrario ha de tenerse en cuenta que la exigencia de motivación de la resolución, incluso en la forma más amplia que prevé el artículo 137.1, cuando lo soliciten los interesados, solo puede ser interpretada en el sentido de que si alguno de los licitadores o candidatos deseara conocer en toda su extensión el contenido de las proposiciones, el órgano de contratación está obligado a ponerlo de manifiesto, lo que conlleva la posibilidad de examinar el expediente e incluso tomar notas respecto de él, (...).”.

¹¹⁴

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-24-2014>

la adjudicación realizada a los licitadores no cumple las exigencias previstas en la legislación de contratos.

Sin embargo, pese a que se aprecia la falta de motivación suficiente en la notificación de la adjudicación, "la empresa recurrente ha tenido conocimiento del contenido de las actas de la mesa de contratación, a las que se adjunta un informe de un vocal asesor técnico que se incorpora como anexo en el que constan las puntuaciones obtenidas en cada uno de los criterios de valoración, por lo que no cabría apreciar la existencia de indefensión ya que, como se desprende de su recurso, sí que ha tenido conocimiento del contenido del informe técnico que motiva la adjudicación del contrato".

Por otro lado, "la empresa recurrente manifiesta que ha solicitado por escrito el examen de las plicas de las empresas incluidas en el sobre que contiene los criterios de un juicio de valor y que no se le ha permitido el acceso a ellas, con el pretexto de que es una documentación confidencial de cada empresa".

En el conflicto entre el derecho de defensa del recurrente y el derecho a la protección de los intereses comerciales del adjudicatario ha de buscarse el necesario equilibrio, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario.

Al respecto el artículo 145.2 del TRLCSP dispone que "Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública (...)". De esta forma se garantiza el secreto de las proposiciones hasta el momento de la licitación pública, si bien, una vez adjudicado el contrato y por lo tanto consumada la licitación, las limitaciones de los interesados al acceso de datos relativos a la adjudicación sólo procede en los casos expresamente previstos en el artículo 153 del TRLCSP.

El citado artículo establece, por su parte, que "El órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)".

El artículo 140.1 del TRLCSP, al regular la confidencialidad como disposición directiva de la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, establece lo siguiente: "Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado

como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.”

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, sobre la adecuada interpretación del artículo 124.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 140.1 del TRLCSP) señala:

“1º) La adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia (artículos 1 y 123 de la Ley citada) que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes.

»2º) El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso.

»3º) Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular su oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad.”

En el presente caso, “consta la solicitud por parte de la recurrente del examen de las plicas de otros licitadores, sin que en el expediente remitido exista una denegación expresa o una declaración de que todo o parte de las ofertas de los licitadores son confidenciales”.

- En la **Resolución 14/2013, de 4 de abril**,¹¹⁵ se trata un caso en que la empresa recurrente, al igual que el resto de licitadores, ha tenido un conocimiento demasiado genérico de las puntuaciones que se le han otorgado por los criterios subjetivos y que han servido de base para la puntuación final obtenida.

El órgano de contratación manifiesta, en el informe emitido tras la interposición del recurso especial, que “es claro que la valoración numérica otorgada por el órgano competente es suficiente, pues el pliego, que es ley entre las partes, no indica la necesidad de incorporar una breve descripción de cada uno de los puntos asignados en cada epígrafe, máxime cuando ha sido valorado por quien posee discrecionalidad técnica para ello. Aun así, el acta levantada en relación al sobre B del expediente explicita de forma concreta y puntual la

¹¹⁵

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-14-2013>

puntuación a asignar en cada apartado, si se posee o no lo requerido o si el contenido, en caso de haberse aportado, denota una calidad máxima, alta, etc.”

Sin embargo, el contenido del acta mencionada, en la que se recogen las pautas de evaluación de los criterios subjetivos que motivan las puntuaciones individualizadas otorgadas, no se ha notificado a los licitadores.

En la notificación de la adjudicación, junto a la descripción de las características generales de la oferta y la puntuación global, y separada de los criterios subjetivos y objetivos, de la adjudicataria, se contiene una descripción somera y genérica de la valoración de los criterios subjetivos de la empresa no adjudicataria. Y, si bien se detalla la puntuación obtenida en cada uno de los subapartados indicados en el acta para el “plan de formación”, no ocurre lo mismo en relación con el “programa de trabajo”, ya que en éste se consigna únicamente la puntuación global otorgada a cada apartado, sin detallar la correspondiente a cada uno de los subapartados valorados y especificados en el acta de la Mesa de contratación antes citada.

Por lo tanto, la notificación individual practicada está viciada de nulidad, al carecer de la motivación exigida, y el recurso debe estimarse por este motivo.

- La **Resolución 12/2013, de 27 de marzo**,¹¹⁶ analizada al tratar las ofertas desproporcionadas, examina un supuesto en que al licitador excluido ni se le ha notificado correctamente el acuerdo de exclusión, -no se motiva por qué la oferta que incluye valores anormales o desproporcionados no puede ser cumplida-, ni tampoco el informe técnico solicitado al amparo del artículo 152.3 del TRLCSP en el que se establecen las razones para no estimar justificada la baja temeraria.

El Tribunal considera que el contenido de la notificación no permitía a la ahora recurrente interponer, conforme al artículo 40 del TRLCSP, un recurso suficientemente fundado.

4.13.- El recurso especial ante un contrato formalizado.

La cuestión de nulidad tiene por finalidad proteger a los licitadores de las infracciones que no pueden alegarse en el marco del recurso especial. Su finalidad es precisamente completar éste ante la imposibilidad o dificultad de emplear esta vía de tutela. Por ello, ambos recursos no pueden converger al contar como límite la formalización del contrato. Esto explica que el artículo 39.2 del TRLCSP establezca que el órgano competente puede inadmitir la cuestión de nulidad cuando el interesado ya hubiese interpuesto previamente el recurso especial contra el mismo acto. No obstante, se admiten supuestos en que pueden converger el recurso especial y la cuestión de nulidad.

¹¹⁶

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-12-2013>

Debe recordarse que el plazo de espera (15 días desde que se remite la notificación de adjudicación) para la formalización del contrato sólo afecta a los contratos susceptibles de recurso especial¹¹⁷, y que hay supuestos en el que el poder adjudicador olvida esta limitación, o simplemente considera que el acto o contrato no es susceptible del referido recurso.

Por ello, debe precisarse qué ocurre cuando se ha formalizado el contrato y desconociéndolo un licitador presenta un recurso especial¹¹⁸.

- A este respecto la **Resolución 6/2014, de 16 de enero**¹¹⁹, señala:

“La primera cuestión que debe analizarse es la de la admisibilidad del recurso especial en materia de contratación interpuesto. Aunque se ha presentado en el plazo previsto en el artículo 44.1 del TRLCSP (15 días hábiles desde la remisión de la notificación de la adjudicación), se ha hecho después de la formalización del contrato (producida el 22 de noviembre de 2013), si bien se admite, aunque se haya formalizado (no se ha respetado el plazo de 15 días para la formalización) dicha formalización se ha realizado sin respetar el plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 156.3 del TRLCSP.

»El recurso especial en materia de contratación tiene carácter precontractual, de manera que los actos susceptibles de dichos recursos son los que se producen en las fases de preparación y adjudicación del contrato. Así se desprende del artículo 47.2 del TRLCSP cuando señala que la resolución del órgano competente ‘se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones’.

¹¹⁷ Una excepción al plazo de espera se encuentra en el artículo 198.5 del TRLCSP, referido a los contratos que derivan del acuerdo marco. Se prevé la posibilidad de su formalización sin necesidad de observar el plazo de espera previsto en el artículo 156.3, respecto a los contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Se dan supuestos en los que en el momento en que se presenta el recurso especial en materia de contratación, el contrato se encuentra ya formalizado, planteándose entonces la cuestión de si debe ser éste el recurso procedente o, si por el contrario, debe plantearse la cuestión de nulidad prevista (37.1.d del TRLCSP).

¹¹⁸ Supuesto frecuente. A título de ejemplo, se analiza el problema en las Resoluciones del TARCCYL números 6, 40, 44, 54, 56, y 66/2014.

¹¹⁹ <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-6-2014>

»En supuestos como el que es objeto del presente recurso se ha debatido si la formalización de los contratos debe considerarse como causa de inadmisión de aquél, teniendo en cuenta que, como se ha expuesto, una de las características del recurso especial en materia de contratación es que es precontractual y que ha de ser un recurso rápido y eficaz que evite la formalización del contrato.

»La admisión de este recurso una vez producida la formalización (o incluso a veces la ejecución del contrato), se ha afirmado que impide que el recurrente obtenga una resolución eficaz más allá de la indemnización. Ello sin perjuicio de considerar que en tales casos se está ante un posible supuesto de nulidad contractual, de acuerdo con el artículo 37.1.b) del TRLCSP cuando la formalización se hubiera realizado sin respetar el plazo de quince días hábiles.

»Sin embargo, esta actuación del órgano de contratación poco respetuosa puede conducir a los interesados a una situación de indefensión, al no poder optar a un recurso contra una actuación ilegal, por lo que también se ha considerado que en estos supuestos el recurso debería ser admitido y resuelto si se ha interpuesto en plazo, aunque el contrato se encuentre formalizado o incluso en ejecución, en cuyo caso, de estimarse el recurso, podría proceder su resolución y liquidación, en los términos de la resolución del recurso.

»Este Tribunal, de acuerdo con el último criterio expuesto, considera que, en este caso, el recurso especial en materia de contratación debe admitirse. En caso contrario, la actuación *contra legem* del órgano de contratación, al no respetar el plazo previsto para la formalización del contrato, causaría indefensión a la recurrente, ya que le privaría del derecho al recurso especial en vía administrativa. La tesis de la inadmisión del recurso, llevada a sus últimas consecuencias, supondría que la actuación ilegal del órgano de contratación en la formalización del contrato podría ser determinante de la inadmisión a trámite del recurso especial contra la adjudicación, con independencia de que el recurrente hubiera cumplido los requisitos formales para su interposición (acto recurrible, plazo, etc.); dicho de otra forma, esta postura permitiría que el órgano de contratación, actuando de forma arbitraria y fraudulenta, al no respetar de manera intencionada el plazo mínimo legal para formalizar el contrato, pudiera cerrar la vía del recurso especial (al inadmitirse éste) y obligaría al interesado a acudir a la vía judicial con los consiguientes perjuicios para éste”.

5.- GUÍAS DE LOS PROCEDIMIENTOS ANTE EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE CASTILLA Y LEÓN.

A) RECURSO ESPECIAL.

1.- Naturaleza.

Recurso de naturaleza contractual, de carácter potestativo, exclusivo y excluyente -no cabe la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos contra los que se puede interponer-. Su finalidad es la protección de los candidatos y licitadores garantizando la tutela restitutoria de sus posiciones jurídico subjetivas antes de la celebración del contrato.

2.- Competencia.

Al tenor del artículo 59 de la Ley 1/2012, de 18 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León es el órgano competente para:

»a) El conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación, y de las reclamaciones a que se refieran los artículos 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobada por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre y 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

»b) La adopción de decisiones sobre la solicitud de medidas provisionales a que se refieren los artículos 43 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y 103 de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

»c) (...)

»Los actos recurribles y las declaraciones de nulidad contractual, así como el régimen de legitimación, interposición, planteamiento, tramitación, resolución, efectos y consecuencias jurídicas de los procedimientos señalados en el apartado anterior serán los establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público y en la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y sus normas de desarrollo”.

Al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León le corresponde el conocimiento y resolución cuando los referidos recursos se interpongan en el ámbito de los procedimientos de contratación de los poderes adjudicadores incluidos en el ámbito subjetivo de la Ley 3/2011, y los Organismos

Públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a ella, las Universidades, así como las Entidades Locales de Castilla y León y sus entes dependientes.

Especialidades competenciales (artículo 41.5 y 6 TRLCSP):

-Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido.

-Si la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el órgano competente para resolver el recurso será aquél que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que todas o varias de ellas, ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes.

-En el caso de contratos subvencionados previstos en el artículo 40.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), la competencia corresponderá al órgano independiente que ejerza sus funciones respecto de la Administración a que esté adscrito el ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, al órgano ante el que el recurrente decida interponer el recurso de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas del TRLCSP.

3.- Objeto del recurso.

Su aplicación está prevista para los contratos sujetos a regulación armonizada¹²⁰, incluidos los contratos subvencionados, añadiéndose los

¹²⁰ Contratos sujetos a una regulación armonizada:

“Artículo 13. Delimitación general.

1. Son contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso, y los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 88, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador. Tendrán también la consideración de contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos subvencionados por estas entidades a los que se refiere el artículo 17.

2. No obstante lo señalado en el apartado anterior, no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos siguientes (...).”

“Artículo 14. Contratos de obras y de concesión de obras públicas sujetos a una regulación armonizada: umbral.

contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP de cuantía igual o superior a 207.000, y los contratos de gestión de servicios públicos¹²¹ en los que el presupuesto de gastos de primer

1. Están sujetos a regulación armonizada los contratos de obras y los contratos de concesión de obras públicas cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.186.000 euros.

2. (...)."

"Artículo 15. Contratos de suministro sujetos a una regulación armonizada: umbral.

1. Están sujetos a regulación armonizada los contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades:

(...) b) 207.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro distintos, por razón del sujeto contratante o por razón de su objeto, de los contemplados en la letra anterior. (...)."

"Artículo 16. Contratos de servicios sujetos a una regulación armonizada: umbral.

1. Están sujetos a regulación armonizada los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades:

(...) b) 207.000 euros, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entes, organismos o entidades del sector público distintos a la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, o cuando, aún siendo adjudicados por estos sujetos, se trate de contratos de la categoría 5 consistentes en servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, servicios de conexión o servicios integrados de telecomunicaciones, o contratos de la categoría 8, según se definen estas categorías en el Anexo II. (...)."

"Artículo 17. Contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada.

1. Son contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada los contratos de obras y los contratos de servicios definidos conforme a lo previsto en los artículos 6 y 10, respectivamente, que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes:

a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.186.000 euros.

b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros.

2. Las normas previstas para los contratos subvencionados se aplicarán a aquéllos celebrados por particulares o por entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores, en conjunción, en este último caso, con las restantes disposiciones de esta Ley que les sean de aplicación. Cuando el contrato subvencionado se adjudique por entidades del sector público que tengan la consideración de poder adjudicador, se aplicarán las normas de contratación previstas para estas entidades, de acuerdo con su naturaleza, salvo la relativa a la determinación de la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación y para adoptar medidas cautelares en el procedimiento de adjudicación, que se regirá, en todo caso, por la regla establecida en el artículo 41".

En los contratos subvencionados, la competencia del tribunal administrativo se determina en función de la administración que ha otorgado la subvención de mayor cuantía, y no de la administración a la que está adscrito el organismo que licita el contrato.

121 Se distingue cuándo estamos ante un contrato de servicios o de gestión de servicios públicos, entre otras en las Resoluciones 54/2014, de 31 de julio y 66/2014, de 25 de septiembre Resolución.

establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años¹²².

Por ello, actualmente *las cuantías*¹²³ que determinan la sujeción al recurso especial son:

1. Los contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.186.000 euros.

2. Los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRCSP de cuantía igual o superior a 207.000 euros^{124 125}.

¹²² El reclamante deberá acreditar el importe y naturaleza de los gastos de primer establecimiento a los efectos de acreditar la admisibilidad del recurso.

Se valora el concepto "presupuesto de gastos de primer establecimiento", entre otras en las Resoluciones 19/2013, de 18 de abril; 51/2013, de 18 de septiembre; 67 y 68/2013, de 28 de noviembre; 71/2013, de 4 de diciembre; 16/2014, de 27 de febrero; 35/2014, de 3 de abril; y 63/2014, de 18 de septiembre.

¹²³ Se estará a la cuantía vigente al tiempo de la publicación de la convocatoria (Disposición transitoria 1ª.1 TRLCSP).

¹²⁴ Se computa por el total incluidas prórrogas.

¹²⁵ Las categorías 17 a 27 del Anexo II son:

17	Servicios de hostelería y restaurante.	64.	De 55100000-1 a 55524000-9, y de 98340000-8 a 98341100-6.
18	Servicios de transporte por ferrocarril.	711.	De 60200000-0 a 60220000-6.
19	Servicios de transporte fluvial y marítimo.	72.	De 60600000-4 a 60653000-0, y de 63727000-1 a 63727200-3.
20	Servicios de transporte complementario y auxiliar.	74.	De 63000000-9 a 63734000-3 (excepto 63711200-8, 63712700-0, 63712710-3, y de 63727000-1 a 63727200- 3), y 98361000-1.
21	Servicios jurídicos.	861.	De 79100000-5 a 79140000-7.
22	Servicios de colocación y suministro de personal (6).	872.	De 79600000-0 a 79635000-4 (excepto 79611000-0, 79632000- 3, 79633000-0), y de 98500000-8 a 98514000-9.
23	Servicios de investigación y seguridad, excepto los servicios de furgones blindados.	873 (excepto 87304).	De 79700000-1 a 79723000-8.
24	Servicios de educación y formación profesional.	92.	De 80100000-5 a 80660000-8 (excepto 80533000-9, 80533100-0, 80533200-1.
25	Servicios sociales y de salud.	93.	79611000-0, y de 85000000-9 a 85323000-9 (excepto 5321000-5 y 85322000-2.
26	Servicios Serv. de esparcimiento, culturales	96.	De 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8 (excepto

3. Los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros.^{126 127}

y deportivos. 92230000-2, 92231000-9, 92232000-6.
27 Otros servicios. .

¹²⁶ Se computa por el plazo total incluidas prórrogas.

¹²⁷ Las categorías 1 al 16 del Anexo II son:

1	Servicios de mantenimiento y reparación.	6112, 6122, 633, 886.	De 50100000-6 a 50884000-5 (excepto de 50310000-1 a 50324200-4 y 50116510-9, 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0) y de 51000000-9 a 51900000-1.
2	Servicios de transporte por vía terrestre, incluidos los servicios de furgones blindados y servicios de mensajería, excepto el transporte de correo.	712 (excepto 71235), 7512, 87304.	De 60100000-9 a 60183000-4 (excepto 60160000-7, 60161000-4, 60220000-6), y de 64120000-3 a 64121200-2.
3	Servicios de transporte aéreo: transporte de pasajeros y carga, excepto el transporte de correo.	73 (excepto 7321).	De 60410000-5 a 60424120-3 (excepto 60411000-2, 60421000-5), y 60500000-3 De 60440000-4 a 60445000-9.
4	Transporte de correo por vía terrestre y por vía aérea.	71235, 7321.	60160000-7, 60161000-4 60411000-2, 60421000-5.
5	Servicios de telecomunicación.	752.	De 64200000-8 a 64228200-2 72318000-7, y de 72700000-7 a 72720000-3.
6	Servicios financieros: a) servicios de seguros b) servicios bancarios y de inversión.	ex 81, 812, 814 7.	De 66100000-1 a 66720000-3 (3).
7	Servicios de informática y servicios conexos.	84.	De 50310000-1 a 50324200-4 de 72000000-5 a 72920000-5 (excepto 72318000-7 y desde 72700000-7 a 72720000-3), 79342410-4.
8	Servicios de investigación y desarrollo.	85.	De 73000000-2 a 73436000-7 (excepto 73200000-4, 73210000-7, 73220000-0.
9	Servicios de contabilidad, auditoría y teneduría de libros.	862.	De 79210000-9 a 79223000-3.
10	Servicios de investigación de estudios y encuestas de la opinión pública.	864.	De 79300000-7 a 79330000-6, y 79342310-9, 79342311-6.
11	Servicios de consultores de dirección y servicios conexos.	865, 866.	De 73200000-4 a 73220000-0 de 79400000-8 a 79421200-3 y 79342000-3, 79342100-4 79342300-6, 79342320-2 79342321-9, 79910000-6, 79991000-7 98362000-8.
12	Servicios de arquitectura; servicios de ingeniería	867.	De 71000000-8 a 71900000-7

4. Los contratos de suministros cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros.

Especialidades:

- Contratos incorrectamente calificados

Como regla general la interposición de un recurso especial contra un acto correspondiente a un tipo de contrato que no puede ser objeto de recurso especial, supondrá su inadmisión por falta de competencia del Tribunal para resolverlo. No obstante, la previa calificación que el órgano de contratación le haya dado al contrato no excluye la posibilidad de que el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León lo recalifique, cuando compruebe que notoriamente no se corresponde con lo establecido en la normativa sobre contratación pública y exista la posibilidad de que el contrato, dado el contenido de las prestaciones previstas, pueda ser subsumido en un tipo contractual que por sus características sí pueda ser objeto de recurso.

En todo caso, si se aprecian éstas u otras irregularidades no alegadas por las partes y son susceptibles de ser tomadas en consideración, deberá darse trámite de audiencia a los interesados, antes de que el Tribunal se pronuncie de forma definitiva¹²⁸.

	y servicios integrados de ingeniería; servicios de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajista. Servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología. Servicios de ensayos y análisis técnicos.	(excepto 71550000-8) y 79994000-8.
13	Servicios de publicidad.	871. De 79341000-6 a 79342200-5 (excepto 79342000-3 y 79342100-4.
14	Servicios de limpieza de edificios y servicios de administración de bienes raíces.	874, 82201 a 82206. De 70300000-4 a 70340000-6, y de 90900000-6 a 90924000-0.
15	Servicios editoriales y de imprenta, por tarifa o por contrato.	88442. De 79800000-2 a 79824000-6 De 79970000-6 a 79980000-7. De 90400000-1 a 90743200-9 (excepto 90712200-3 De 90910000-9 a 90920000-2 y 50190000-3, 50229000-6 50243000-0.
16	Servicios de alcantarillado y eliminación de desperdicios: servicios de saneamiento y servicios similares.	94.

¹²⁸ La Sentencia de Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2003, C-315/01, As. Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) y österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG), señala a este respecto: "48. En efecto, por una parte, el hecho de que el organismo responsable de los procedimientos de recurso aprecie de oficio irregularidades que afectan al procedimiento de licitación, sin esperar a que alguna de las partes las alegue, no puede ser contrario al objetivo de la Directiva, que es garantizar el respeto de las normas de Derecho comunitario en materia de contratos públicos mediante vías de recurso eficaces y rápidas.

-Contratos mixtos

La prestación más importante desde el punto de vista económico determinará la aplicación total de las normas que definen su régimen jurídico, sin que quepa acudir a las relativas a otro tipo de contratos.¹²⁹

-Acuerdos marco

Los artículos 196 a 198 del TRLCSP prevén la posibilidad de que desde un primer momento hayan quedado fijados los términos de la totalidad de los contratos que integran el acuerdo marco, o bien que no todos estén ya establecidos, en cuyo caso la adjudicación se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, en la que se precisarán, si ello fuera necesario, los requisitos de los contratos a celebrar.

Por todo ello cabe apreciar que, en su caso, el recurso especial en materia de contratación frente a acuerdos marcos¹³⁰, podrá ir dirigido:

1) Contra los pliegos y demás documentación¹³¹ que rigen la convocatoria del acuerdo marco como, de existir, contra los pliegos que rigen la adjudicación de cada uno de los contratos derivados¹³².

49. Por otra parte, la necesidad de que los procedimientos de recurso tengan carácter contradictorio no permite excluir que el organismo responsable de dicho procedimiento pueda apreciar de oficio una ilegalidad que es el primero en detectar, sino que implica sencillamente que, antes de dictar resolución, dicho organismo debe respetar el derecho de las partes a ser oídas sobre la ilegalidad apreciada de oficio”.

¹²⁹ Resolución 23/2013, de 9 de mayo.

¹³⁰ El artículo 198.5 del TRLCSP, respecto a los contratos que derivan del acuerdo marco, prevé la posibilidad de su formalización sin necesidad de observar el plazo de espera (15 días desde que se remite la notificación de adjudicación) que exige el artículo 156.3, respecto a los contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Así planteada la cuestión, puede fácilmente darse el supuesto de que en el momento en que se pretenda presentar el recurso especial en materia de contratación –dentro del plazo previsto para ello-, el mismo se encuentre ya formalizado, planteándose entonces la cuestión de si debe ser éste el recurso procedente o, si por el contrario, debe plantearse la cuestión de nulidad prevista en el artículo 37.1.d) y siguientes del TRLCSP. Se considera en este caso que los contratos basados en un acuerdo marco que por su valor estimado deban ser considerados sujetos a regulación armonizada, podrán ser objeto del recurso especial dentro del plazo legal aunque el contrato esté ya formalizado, siempre que le recurrente no haya planteado, además, la cuestión de nulidad del contrato, pues ambas vías de recurso, en ningún caso, pueden acumularse.

¹³¹ Resoluciones 41 y 42/2014, de 19 de mayo; 31/2014, de 20 de marzo; y 30/2014, de 20 de marzo.

¹³² Al respecto, el TRLCSP (198.4) establece que en el segundo procedimiento “se tomarán como base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco”.

2) Frente al acuerdo de exclusión u otros actos de trámite cualificados que tuvieran lugar con ocasión de la celebración del acuerdo marco¹³³, e igualmente contra la exclusión del licitador que participa en la segunda fase en la adjudicación de cada uno de los contratos.

3) Por último, cabrá recurrir tanto el acto por el que se seleccionan las empresas con las que se celebrará el acuerdo marco, como el acto por el que se adjudica alguno de los contratos derivados¹³⁴.

4.- Actos susceptibles de ser recurridos

Respecto a los contratos antes indicados que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores, *serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación* previo a la interposición del contencioso-administrativo, los siguientes actos (artículo 40.2 TRLCSP):

- Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

- Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

- Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

- A título de ejemplo pueden citarse:

- El acto por el que se declara desierta una licitación.
 - La notificación defectuosa que cause indefensión¹³⁵.
 - Las decisiones susceptibles de recurso o las adjudicaciones adoptadas sin procedimiento formal¹³⁶.

¹³³ Entre otras Resoluciones 1/2012, de 13 de abril; 12/2013, de 27 de marzo; 9/2013, de 7 de marzo; 29/2013, de 18 de junio; 78/2014, de 12 de noviembre; 84/2014, de 26 de noviembre.

¹³⁴ Resolución 93/2014, de 30 de diciembre.

¹³⁵ Entre otras, Resoluciones 12/2013, de 27 de marzo; 14/2013, de 4 de abril; 57/2013, de 10 de octubre; y 66/2014, de 25 de septiembre.

¹³⁶ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de enero de 2005, C-26/03, Stadt Halle, determina la obligación de los Estados miembros de garantizar una posibilidad de recurso eficaz y rápido contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras independientemente de que las decisiones impugnadas fueran adoptadas sin un procedimiento formal de contratación pública y con anterioridad a una licitación formal, "siempre que exista una manifestación de la voluntad de la entidad adjudicadora que pueda producir

- Los modificados previstos en los pliegos que no cumplen los requisitos legales¹³⁷.
- El allanamiento¹³⁸ a la pretensión del recurrente.
- Los actos de desistimiento o renuncia¹³⁹ a una licitación.
- Es válido el recurso especial dirigido contra la adjudicación de un contrato presentado desconociéndose que se ha formalizado indebidamente¹⁴⁰.

efectos jurídicos. Por tanto, los Estados miembros no están autorizados a supeditar la posibilidad de recurso al hecho de que el procedimiento de contratación pública de que se trate haya alcanzado formalmente una determinada fase”.

¹³⁷ SSTJ de 29 de abril de 2004, C-496/99 P, As. Comisión de las Comunidades Europeas c. CAS Succhi di Fruta SpA.

-En este sentido Informe 3/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

¹³⁸ Resolución 64/2014, de 25 de septiembre.

¹³⁹ Resolución 54/2013, de 25 de septiembre.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 18 de junio de 2002. Asunto C-92/00., Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs, “debe ofrecerse una motivación que contenga una verdadera justificación sobre la cancelación de la licitación

¹⁴⁰ Procede su tramitación, y por ello analizar si ha existido una infracción de una norma sustantiva que hubiese impedido al recurrente obtener la adjudicación a su favor.

Se trata del problema procedimental ocasionado cuando se ha perfeccionado el contrato sin respetar el plazo suspensivo del artículo 45 TRLCSP, esto es cuando, de hecho, estamos ante una posible situación de nulidad del contrato, ya en fase de ejecución, y podría ser susceptible, en su caso, de una cuestión de nulidad.

Ejemplo claros de ello son, además del mencionado para el acuerdo marco, cuando el órgano de contratación considera que en un contrato de gestión de servicios públicos no se da la doble condición prevista en el artículo 40.1.c del TRLCSP relativa a los presupuestos de gastos de primer establecimiento, por lo que no se aprecia que el contrato fuera susceptible de recurso especial en materia de contratación, y por ello no se observa el plazo de espera de 15 días previsto en el artículo 156 TRLCSP, formalizándose en 5 días.

Es doctrina de este Tribunal (por todas, Resolución 40/2014, de 8 de mayo, y 47 y 49/2014 de 231 de julio del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León), que aunque el recurso especial se limita a los actos de preparación y adjudicación y no se dirige a contratos en ejecución, para garantizar el efecto útil del recurso y atendiendo a los principios de *favor actionis* y de economía procedimental, conviene resolver el recurso especial interpuesto, opción compatible “con una tradición jurídica como la española, en la que se ha admitido con naturalidad que la invalidez de la adjudicación se transmite como lógica consecuencia al contrato” (Acuerdo del TACPA 55/2013, de 1 de octubre).

- *No serán susceptibles de recurso especial* en materia de contratación, entre otros:

- Los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107 del TRLCSP (artículo 40.2 del TRLCSP).
- Los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia (artículos 40.4 y 113 del TRLCSP).
- Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 40.2 del TRLCSP¹⁴¹.
- La propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de contratación, o el acto de adjudicación provisional.
- El acuerdo de la Mesa de contratación por el que se admiten a los licitadores a la licitación¹⁴².
- Lo recursos contra actos meramente reproductores de otro anterior ya recurrido¹⁴³.
- La comunicación realizada al licitador de que su oferta se halla en presunción de baja anormal o desproporcionada, dándole audiencia para que manifieste lo que en su derecho convenga.¹⁴⁴

La interposición de un recurso contra un acto o a un tipo de contrato que no puede ser objeto de recurso especial supondrá su inadmisión por falta de competencia del Tribunal para resolverlo. Por consiguiente, procederá remitir el escrito de interposición, con devolución del expediente, al órgano de contratación al objeto de que, en su caso, sea recalificado como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

¹⁴¹ “Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.” (Artículo 40.3 del TRLCSP).

¹⁴² Resolución 3/2013, de 24 de enero.

¹⁴³ Resolución 64/2013, de 21 de noviembre.

¹⁴⁴ Resolución 2/2013, de 15 de enero.

Procedimiento Administrativo Común.

La inadmisión de plano del recurso especial interpuesto no justifica un pronunciamiento expreso de este Tribunal sobre la medida provisional de suspensión solicitada, pronunciamiento que corresponderá adoptar, en su caso, al órgano competente para la resolución del recurso.

5.- Legitimación.

Estarán legitimados para la interposición del recurso todas las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, los licitadores¹⁴⁵.

El interés legítimo deberá estar siempre acreditado.

- Podrán interponerlo entre otros:

- La empresa que concurre a la licitación con el compromiso de constituir una UTE¹⁴⁶.
- Una asociación profesional¹⁴⁷, siempre que su objeto definido en sus estatutos estén comprendidas las actividades a contratar.
- Entidades sin ánimo de lucro¹⁴⁸. Igualmente, siempre que su objeto definido en sus estatutos estén comprendidas las actividades a contratar.
- Representantes de trabajadores, cuando se acredite una conexión entre el recurre y la pretensión ejercitada.

- Como regla general, carecerán de legitimación, entre otros:

¹⁴⁵ Se trata de una configuración muy amplia de la posibilidad de recurrir, exenta de formalidades y centrada en la posible lesión de la posición jurídico-subjetiva del particular o de su esfera de intereses. Debe subrayarse que el TRLCSP no se refiere literalmente a los candidatos y licitadores sino a cualquier persona física o jurídica cuyos intereses se vean afectados o perjudicados por las decisiones impugnadas.

¹⁴⁶ Resolución 2/2013, de 15 de enero.

¹⁴⁷ Resolución 18/2012, de 27 de septiembre.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea de 23 de enero de 2003, Makedoniko Metro y Michaniki, C-57/01.

¹⁴⁸ Resoluciones 58/2013 de 31 de octubre y 72/2013 de 19 de diciembre.

- El licitador previamente excluido¹⁴⁹. Al perder el interés legítimo no puede impugnar la adjudicación del contrato. Se exceptúa el caso de que pueda acreditar su interés legítimo¹⁵⁰.

- Un sindicato¹⁵¹.

- Cuando no se acredita el interés legítimo concreto sino una mera defensa de la legalidad, al no poder ser en ningún caso adjudicatario¹⁵².

- Usuarios de los servicios públicos que constituyen el objeto del contrato adjudicado.

- En las impugnaciones del anuncio de licitación o pliegos, las empresas que no acrediten tener un objeto social relacionado con el contrato¹⁵³, o que en el momento de su publicación carezcan de las solvencias requeridas y que únicamente manifiestan que eventualmente harán un convenio con otra empresa que sí las poseerá^{154 155}.

6.- Lugar de presentación del recurso.

La presentación del escrito de interposición como regla general, deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.

¹⁴⁹ Resolución 55/2014 de 31 de julio.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1973, Marcato/Comisión, 37/72, cuya doctrina ha recogido más recientemente la Sentencia de 9 de junio de 2011, C-401/09P, Evropaiki Dynamiki, apdo. 49: "no procede admitir un motivo de anulación, por inexistencia de interés en ejercitar la acción, cuando, aun suponiendo que sea fundado, la anulación del acto impugnado sobre la base de tal motivo no podría satisfacer al demandante...".

¹⁵⁰ Resolución 8/2012, de 2 de agosto. Se trata del caso de un licitador excluido de un determinado lote por no cumplir su oferta las prescripciones técnicas del producto. Mantiene en su recurso que nadie las cumple -tampoco el adjudicatario- al no existir en el mercado. Considera que el lote debería quedar desierto. Se estima el recurso y se anula la adjudicación.

¹⁵¹ Resolución 70/2013, de 4 de diciembre. No acredita el interés legítimo concreto.

¹⁵² Resolución 40/2014, de 8 de mayo.

¹⁵³ Resoluciones 25/2012, de 29 de noviembre; y 60 y 61/2013, de 14 de noviembre.

¹⁵⁴ Deben tenerse en cuenta las especialidades contenidas en el artículo 146.1.b) TRLCSP (conforme al cual para la admisión de la proposición basta la solicitud de la clasificación), la posibilidad de conformar UTEs, la acreditación solvencia con medios externos etc...

¹⁵⁵ Resoluciones 60 y 61/2013 de 14 de noviembre.

En caso de su presentación en Correos¹⁵⁶ o en un registro diferente al establecido¹⁵⁷, la fecha que debe tenerse en cuenta para el cómputo del plazo es la de entrada del recurso en el registro del órgano de contratación o en el del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales.

7.- Plazo de interposición

El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito a presentar en un plazo de quince días hábiles¹⁵⁸ contados a partir del siguiente a aquél en el que se *remita*¹⁵⁹ la notificación del acto impugnado. En el caso de recurso contra el anuncio o pliegos, desde su publicación, y en otros actos, desde que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

Es aplicable el artículo 48 de la Ley 30/1992, por lo que cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente. Cuando un día fuese hábil en el municipio o Comunidad Autónoma en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso.

Especialidades en el cómputo del plazo.

1) Si es el propio órgano de contratación quien en la notificación objeto de recurso señala por error otro plazo distinto y mayor, u otro tipo de recurso¹⁶⁰, será el plazo más amplio el que se tome en consideración.

2) La regla general es que ante una notificación defectuosa de un acto susceptible de impugnación y que pueda producir indefensión en el interesado, el plazo de interposición del recurso comenzará a partir del día siguiente a aquél en que se remita la subsanación de aquélla o, caso de que tal subsanación no tuviera lugar, y de acuerdo con el artículo 58.3 de la Ley 30/1992 la notificación sólo quedará convalidada desde la fecha en que el interesado realizó actos que pongan de manifiesto el conocimiento del contenido y alcance del acto o resolución objeto de notificación, y en último extremo, a falta de otros

¹⁵⁶ Entre otras, Resoluciones 2/2014 y 4/2014, de 16 de enero; 22/2014, de 27 de febrero; 79/2014, de 20 de noviembre; y 83/2014, de 20 de noviembre.

¹⁵⁷ Resolución 49/2013, de 5 de septiembre.

¹⁵⁸ Al igual que establece la el artículo 48 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y a diferencia de lo que señala de modo general la disposición adicional duodécima del TRLCSP, el cómputo de los plazos en la totalidad de trámites del recurso, se hará por días hábiles, no por días naturales.

¹⁵⁹ Entre otras, Resoluciones 24/2013, de 9 de mayo; 28/2013, de 13 de junio; 36/2014, de 11 de abril; 52/2014, de 24 de julio; y 79 y 83/2014, de 20 de noviembre.

¹⁶⁰ Resolución 15/2014, de 19 de febrero.

indicios, debe suponerse que el plazo comenzará el mismo día en que el recurso es interpuesto.

3) Igual consideración -desde que tiene conocimiento- se tendrá cuando existe obligación de notificar el acto, y tal notificación no tiene lugar o no consta¹⁶¹.

4) Si el recurrente presenta una solicitud para que se le dé vista del expediente de contratación y o de una documentación concreta¹⁶², se entiende suspendido el plazo para la interposición, siempre y cuando el recurso se base en lo examinado en el expediente por tratarse de cuestiones no reflejadas correctamente en la resolución notificada.

5) Especialidades para interponer el recurso especial en materia de contratación frente al anuncio de licitación:

La regla general contenida en el primer párrafo del artículo 44.2 del TRLCSP está destinado a aquellos supuestos en que el acto, potencial objeto de recurso, se notifica al licitador o candidato. Ahora bien, existen otra serie de supuestos en que dicha notificación no tiene lugar, de ahí que el artículo 44.2 del TRLCSP establezca otras reglas de cómputo según cuál sea el acto objeto del recurso especial.

Así cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación.

Debe considerarse que el plazo comenzará a partir del día siguiente a la última publicación obligatoria –artículo 142 TRLCSP- en un diario oficial.

6) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que éstos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley. Aunque no hayan terminado los plazos de publicación se contará desde que se constate que el candidato ha tenido conocimiento de los pliegos¹⁶³. No puede entenderse que el plazo abarca hasta la fecha límite de presentación de proposiciones¹⁶⁴, como se entendía inicialmente.

¹⁶¹ Resolución 22/2012, de 25 de octubre.

¹⁶² Resoluciones 9/2013, de 7 de marzo; y 35/2013, de 18 de julio.

¹⁶³ Resolución 37/2014, de 11 de abril.

¹⁶⁴ Postura de la Sentencia de 30 de octubre de 2013, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional: "no puede sostenerse jurídicamente el criterio que el TACRC mantiene de que cuando el acto recurrido sean los pliegos y su puesta a disposición haya tenido lugar por medios electrónicos, informáticos y telemáticos,

En este caso caben los siguientes supuestos:

6.1) Si la documentación ha sido remitida individualmente a cada interesado el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que haya sido recibida.

6.2) Si se han puesto a disposición de los licitadores o candidatos en el órgano de contratación, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a la puesta a disposición¹⁶⁵.

6.3) En el caso de que se produjera una rectificación de los pliegos o documentos contractuales, el plazo comenzará desde su nueva publicación, salvo que se trate de errores materiales, de hecho o aritméticos¹⁶⁶ sin relación con el objeto del recurso, en el que se aplicará la regla general.

7) Especialidades en el plazo para interponer recurso frente a los actos de trámite cualificados:

Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción¹⁶⁷.

o bien no se pueda determinar fehacientemente la fecha de puesta a disposición de los pliegos, debe computarse dicho plazo por razones de seguridad jurídica a partir de la fecha límite de presentación de las proposiciones, en este caso el día 27 de diciembre de 2010, por varias razones: A.- Porque es el propio anuncio el que hace constar que el Pliego puede recogerse de las oficinas, por lo que los interesados pudieron tener acceso a los mismos desde ese momento, sin que pueda alegarse desconocimiento de una publicación oficial (BOE y DOUE), o si desde luego se alega, no es jurídicamente vinculante. B.- Porque la fehaciencia de la fecha de puesta a disposición de los pliegos debe depender de un dato objetivo, ya sea la publicación o ya sea la solicitud del interesado solicitando su remisión, no de un hecho aleatorio cuál es el día en que el interesado decida tomar conocimiento de los mismos. C.- Porque y enlazando con el argumento anterior, la eficacia de una norma, en este caso los pliegos, no puede depender de que la parte quiera o no conocerlos, para que en este último caso se interprete la norma de manera favorable a aquél que con su actuación negligente, pasiva o abusiva impidió tomar razón de los mismos, interpretación ésta además acorde con la que en materia de obligaciones y contratos se sigue en el Código Civil art. 1262 y D.- Por último porque el plazo de interposición del recurso es improrrogable y materia de orden público por lo que no puede dejarse su señalamiento al arbitrio de una de las partes contratantes, sin que pueda ampliarse a su favor, por el simple hecho de no acudir a consultarlos o recogerlos del punto de contacto indicado en el anuncio. Dicha interpretación es arbitraria y contraria a derecho”.

¹⁶⁵ Resolución 37/2014, de 11 de abril.

¹⁶⁶ Resoluciones 27/2014, de 17 de marzo; y 30 y 31/2014 de 20 de marzo.

¹⁶⁷ Como regla general, el TRLCSP no obliga a la Mesa o al órgano de contratación a notificar individualmente los actos de trámite, sea o no susceptibles de un recurso especial, - especialmente frecuente es el acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye a un licitador o candidato-. Por ello, si se produce la notificación del acto de trámite susceptible de recurso especial, ésta dará inicio el plazo para la interposición del recurso desde el día siguiente

8) Especialidades del recurso ante la exclusión de un licitador.

El TRLCSP permite dos posibilidades de impugnación de los actos de exclusión¹⁶⁸:

- El recurso especial contra el acto de trámite cualificado, que podrá interponerse a partir del día siguiente a aquél en el que el interesado haya tenido conocimiento de la posible infracción (artículo 44.2.b del TRLCSP).

- El recurso especial contra el acto de adjudicación, que podrá interponerse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en el que se notifique la adjudicación (artículo 44.2.c del TRLCSP, en relación con el referido artículo 151.4 TRLCSP).

Estos dos posibles recursos no son acumulativos, sino que tienen carácter subsidiario, de manera que en el supuesto que la Mesa de contratación no notifique debidamente al licitador su exclusión del procedimiento o simplemente sea desconocido por cualquier causa, éste podrá impugnarla mediante el recurso que interponga contra el acto de adjudicación.

8.- Procedimiento.

a) Puesta de manifiesto del expediente.

La posibilidad de acceso al expediente por el futuro recurrente es un trámite no previsto en la regulación de la tramitación del recurso especial, sin embargo, no significa que no se le reconozca a aquél tal derecho. El derecho de acceso se encuentra amparado por el principio general de transparencia previsto en los artículos 191 y 192 del TRLCSP, se regirá por las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y es una obligación del órgano de contratación.

El no dar vista del expediente de contratación al futuro recurrente supone causa suficiente para la estimación del recurso y retroacción de las actuaciones hasta, precisamente, el momento en que el recurrente debió tener tal posibilidad¹⁶⁹. No obstante, si la notificación del acto contiene la información que permita al licitador o candidato interponer el recurso en forma suficientemente fundada, no cabrá que el recurrente se ampare en la negativa al acceso del expediente, como causa para lograr la estimación de su recurso.

Si se está ante una notificación insuficiente, y se concede vista del expediente cuando el recurrente no cuenta con tiempo material para interponer

a aquél en que se tuvo conocimiento de la exclusión y sus causas, a diferencia de si se impugna la adjudicación que será desde que se remita la notificación del acto impugnado.

¹⁶⁸ Como ha señalado ya este Tribunal, entre otras, en la Resoluciones 3/2012, de 24 de abril y 55/2014, de 31 de julio.

¹⁶⁹ Resolución 25/2013, de 29 de mayo.

el recurso dentro de plazo, con base en los datos de los que ha tenido conocimiento en ese último momento, se entiende suspendido el cómputo¹⁷⁰.

Por otra parte, la declaración de confidencialidad de una parte de la oferta trae como consecuencia que de esta no deba darse traslado al resto de licitadores o candidatos. Decidir qué parte y poner los medios para protegerla corresponde al órgano de contratación (artículo 46.5 TRLCSP).

No obstante, y de forma excepcional, si el expediente se encuentra completo en el Tribunal¹⁷¹, se garantizará tanto la contradicción como los derechos de terceros. Por ello, antes de facilitar vista al expediente se comunicará la solicitud, por el medio más rápido posible, a las partes interesadas y al órgano de contratación, a los efectos de que se indique qué partes se pueden mostrar y de qué manera. En caso de controversia este Tribunal decidirá mediante Acuerdo.

b) Anuncio previo.

Debe anunciarse con carácter previo al órgano de contratación la interposición del recurso. No obstante su falta de presentación se considera una irregularidad no invalidante que no impide –previa subsanación o no- la continuación del procedimiento.

Así pueden darse los siguientes supuestos:

1.-La falta de presentación del anuncio previo se entiende subsanada por la presentación del recurso especial en el registro del órgano de contratación¹⁷².

¹⁷⁰ Resoluciones 9/2013, de 7 de marzo; y 35/2013, de 18 de julio.

¹⁷¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de febrero de 2008 “Contratación pública – Recursos – Directiva 89/665/CEE – Recurso eficaz –Concepto – Equilibrio entre el principio de contradicción y el derecho al respeto de los secretos comerciales – Protección, por el organismo responsable de los procedimientos de recurso, de la confidencialidad de la información facilitada por los operadores económicos”. Asunto C-450/06

“55 Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, en relación con el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36, debe interpretarse en el sentido de que el organismo responsable de los procedimientos de recurso previstos en dicho artículo 1, apartado 1, debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, a fin de que el procedimiento respete, en su conjunto, el derecho a un proceso justo”.

2.- El anuncio realizado ante el Tribunal de Recursos Contractuales de Castilla y León¹⁷³, en lugar de hacerlo al órgano de contratación no constituye vicio invalidante del procedimiento. Tampoco la presentación del anuncio en fecha posterior¹⁷⁴ o cuando simplemente no se ha realizado. En ambos casos se entiende subsanado con la reclamación del expediente realizado por el Tribunal¹⁷⁵, momento en el que el poder adjudicador conocerá el recurso.

La presentación del anuncio previo no interrumpe el plazo de caducidad¹⁷⁶ previsto por la ley para la interposición del recurso.

c) Interposición del recurso.

El escrito de interposición del recurso se acompañará de:

a) El documento que acredite la representación del compareciente¹⁷⁷, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano¹⁷⁸, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.

b) El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.

c) La copia o traslado del acto expreso que se recurra, o indicación del expediente en que haya recaído o del periódico oficial o perfil de contratante en que se haya publicado.

d) El documento o documentos en que funde su derecho.

e) El justificante de haber dado cumplimiento al anuncio previo. Aunque su omisión es susceptible de subsanación.

¹⁷² Resoluciones 21/2012, de 16 de octubre; 24/2012, de 22 de noviembre; y 47/2013, de 5 de septiembre.

¹⁷³ Resolución 17/2013, de 11 de abril.

¹⁷⁴ Resolución 7/2013, de 14 de febrero.

¹⁷⁵ Resolución 17/2013, de 11 de abril.

¹⁷⁶ Resolución 24/2013, de 9 de mayo.

¹⁷⁷ En caso de solicitar la subsanación, el documento que acredite la representación del recurrente por parte del compareciente debe tener una fecha anterior a la presentación del recurso.

¹⁷⁸ El poder de representación debe incluir expresamente entre sus facultades la de interponer recursos o reclamaciones en representación de la recurrente, por lo que puede figurar en el expediente de otro recurso, pero no necesariamente en un procedimiento de contratación.

Para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo tres días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del procedimiento con los efectos previstos en el apartado 5 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

d) Efectos derivados de la interposición.

Si se recurre la adjudicación, se suspende automáticamente la tramitación del procedimiento de contratación hasta que se pronuncie expresamente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, sin que pueda procederse a la formalización del contrato, ni comenzarse su ejecución.

En los demás casos, salvo que se acuerde la suspensión, el acto recurrido no paralizará la tramitación del procedimiento de licitación.

e) Tramitación del procedimiento del recurso especial.

El procedimiento se rige por las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con las especialidades que se recogen en el artículo 46 TRLCSP.

1.-Si el recurso especial se presenta en el registro del órgano de contratación:

Deberá ser remitido al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en el plazo de los dos días hábiles siguientes a su recepción, junto con el expediente de contratación completo, con hojas foliadas y acompañado de un índice; un informe¹⁷⁹ en el que conste una enumeración sucinta de los hechos, motivación de la decisión adoptada y cualesquiera otras alegaciones que quiera realizar el órgano gestor del expediente y un listado en

¹⁷⁹ El artículo 46.2 del TRLCSP no aclara el contenido del informe que el órgano de contratación debe hacer llegar al Tribunal junto con el expediente, si el mismo se ha de limitar a exponer las actuaciones realizadas hasta la fecha, o si debe ir más allá, pronunciándose sobre otros aspectos tales como la admisibilidad del recurso, la legitimación de los recurrentes, las medidas solicitadas y, sobre todo, el fondo del asunto, acompañándolo en su caso de informes internos al respecto. Esta última es la posición que adoptan la práctica totalidad de los tribunales contractuales, por lo que cabe afirmar que no sólo nos encontramos ante un verdadero trámite de audiencia a la entidad recurrida, sino que, bajo el principio de contradicción, el informe preceptivo previsto en dicho artículo, debe contener la razón y motivación de las decisiones sobre las cuestiones debatidas en el recurso.

Es loable que bajo el principio de transparencia en la contratación, el órgano de contratación quiera dar respuesta a todas las alegaciones realizadas por la empresa recurrente, pero debe recordar que lo hace en el seno de un procedimiento en el que el Tribunal debe tener un conocimiento correcto de todas las argumentaciones técnicas que se realizan, dado que como órgano externo es ajeno al contenido sustantivo del contrato.

el que consten todos los licitadores del procedimiento con los datos precisos para notificaciones, incluida una dirección de correo electrónico.

Toda la documentación indicada deberá remitirse en soporte papel.

2.- Si el recurso se presenta directamente ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

Se notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición. El órgano de contratación deberá remitir la documentación enumerada dentro de los dos días hábiles siguientes.

El procedimiento quedará en suspenso hasta que esté a disposición del Tribunal la completa documentación. En caso de retraso en el envío se realizará un nuevo requerimiento con audiencia al interesado.

Igualmente toda la documentación referida deberá remitirse en soporte papel.

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, a la vista del expediente administrativo, podrá declarar mediante Acuerdo la inadmisión del recurso cuando constare de modo inequívoco y manifiesto:

- a) La incompetencia del Tribunal.
- b) La falta de legitimación del recurrente.
- c) Haberse interpuesto el recurso contra acto o contrato no susceptible de impugnación.
- d) Haber finalizado el plazo de interposición del recurso.

Admitido el recurso, se le asignará un número de referencia y se comunicará al recurrente. A continuación se dará traslado del aquél, por correo electrónico¹⁸⁰, a los restantes interesados, y se les concederá un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

No serán consideradas las alegaciones de las partes que contengan pretensiones nuevas que puedan alterar el objeto del recurso y pudieran ser por si solas objeto de recurso.

¹⁸⁰ La Disposición adicional 15.4 del TRLCSP, "Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley", establece que las comunicaciones e intercambios de información que deban efectuarse en los procedimientos regulados en esta Ley podrán hacerse, de acuerdo con lo que establezcan los órganos de contratación o los órganos a los que corresponda su resolución, por correo, por telefax, o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. (...). 5. Los medios electrónicos, informáticos y telemáticos utilizables deberán cumplir, además, los requisitos establecidos en la disposición adicional decimosexta".

Asimismo en este plazo, se resolverá, en su caso, sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática prevista para el caso de impugnarse una adjudicación, entendiéndose vigente ésta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento. Si las medidas provisionales se hubieran solicitado después de la interposición del recurso, el órgano competente resolverá sobre ellas sin suspender el procedimiento principal.

f) Práctica de la prueba.

Cuando los interesados lo soliciten-el recurrente en el escrito de interposición, el resto de interesados en las alegaciones y el órgano de contratación en su informe- o el Tribunal no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados, o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.

El acuerdo de apertura del período de prueba se comunicará a todos los interesados.

Se podrá aportar cualquier documento que se considere pertinente o referir otros documentos o pruebas a presentar. Su valoración la realizará el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, que podrá rechazarla si la considera improcedente o innecesaria. En todo caso se garantiza la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación.

De considerarlo necesario para la resolución de la impugnación, se emplazará mediante comunicación electrónica a la dirección de correo facilitada para la práctica de la prueba ante el Tribunal y celebración de vista oral, tras la que se requerirá a los interesados para que procedan a la presentación de conclusiones y/o a la elevación a definitivas las pretensiones de las partes.

g) Comunicaciones y notificaciones.

Con el objetivo de garantizar la necesaria celeridad procedimental, tanto el reclamante como el órgano de contratación facilitarán una dirección de correo electrónico a efectos de recibir las comunicaciones.

9.- Medidas provisionales.

La solicitud de medidas provisionales, que deberá ser adecuadamente motivada, puede realizarse por el recurrente antes (artículo 43.1 del TRLCSP), en el mismo momento (artículo 44.4 del TRLCP), o con posterioridad a la interposición del recurso-, siempre en un momento anterior a su resolución- (artículo 46.3.2 del TRLCSP). Tales medidas pueden ser igualmente acordadas de oficio por el Tribunal, notificándose al órgano de contratación.

El artículo 45 del TRLCSP prevé por su parte la suspensión automática del procedimiento cuando lo que se impugna es el acto de adjudicación.

10.- Resolución del recurso especial.

a) Plazo para resolver.

El plazo para que el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León resuelva es de cinco días hábiles a contar desde la recepción de las alegaciones de los interesados o del transcurso del plazo señalado para su formulación y el de prueba en su caso.

Transcurridos tres meses sin haberse notificado resolución expresa, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo.

b) Contenido de la resolución.

La resolución del recurso estimará en todo o en parte, o desestimará las pretensiones formuladas, o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. La resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, sobre la retroacción de actuaciones, o sobre la concesión de una indemnización a las personas perjudicadas por una infracción legal que hubiese dado lugar al recurso procedimental.

En todo caso si se aprecian irregularidades no alegadas por las partes, y son susceptibles de ser tomadas en consideración, deberá darse trámite de audiencia a los interesados, antes de que el Tribunal se pronuncie de forma definitiva¹⁸¹.

¹⁸¹ La Sentencia de Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2003, C-315/01, As. Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) y österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG), señala a este respecto: "48. En efecto, por una parte, el hecho de que el organismo responsable de los procedimientos de recurso aprecie de oficio irregularidades que afectan al procedimiento de licitación, sin esperar a que alguna de las partes las alegue, no puede ser contrario al objetivo de la Directiva, que es garantizar el respeto de las normas de Derecho comunitario en materia de contratos públicos mediante vías de recurso eficaces y rápidas.

49. Por otra parte, la necesidad de que los procedimientos de recurso tengan carácter contradictorio no permite excluir que el organismo responsable de dicho procedimiento pueda apreciar de oficio una ilegalidad que es el primero en detectar, sino que implica sencillamente que, antes de dictar resolución, dicho organismo debe respetar el derecho de las partes a ser oídas sobre la ilegalidad apreciada de oficio".

Igualmente, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León podrá decidir adjudicar a otro licitador¹⁸², si así resultase de la valoración de la documentación obrante en el expediente o de la prueba practicada¹⁸³.

La resolución deberá acordar, también, el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de dichas medidas, si procediera.

11.- Sanciones.

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León tiene la potestad de imponer sanciones cuando aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros¹⁸⁴ determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores (artículo 47.5 del TRLCSP).

12.- Efectos de la resolución.

Las resoluciones de este recurso tienen carácter ejecutivo y deben ser cumplidas por los poderes adjudicadores en sus propios términos (artículo 49.2 TRLCSP).

13.- Indemnizaciones.

Cuando concurren los requisitos, y se solicite por los interesados dentro del procedimiento, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido

¹⁸² Si, como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 151 del TRLCSP.

¹⁸³ Cuando se ha agotado la discrecionalidad del poder adjudicador o cuando la aplicación de los criterios determinados en los pliegos se realiza sin la introducción de juicios de valor -cuando el único criterio de adjudicación es el precio o predominan los criterios de adjudicación calculables con referencia a valores numéricos mediante fórmulas objetivas fijadas en los pliegos- es posible definir cuál es la oferta económicamente más ventajosa, y ya no quepa la posibilidad de renunciar a la celebración del contrato, de desistir del procedimiento o de declarar desierta la licitación.

¹⁸⁴ Las cuantías indicadas está previsto que sean actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial, por aplicación del Índice de Precios de Consumo calculado por el Instituto Nacional de Estadística.

ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso¹⁸⁵ (artículo 47.2 TRLCSP).

Para fijar esta indemnización se atenderá en lo posible a los criterios propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo cubrir como mínimo los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación (artículo 48 TRLCSP)¹⁸⁶.

14.- Recursos contra la resolución.

No procede la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por este Tribunal.

Contra la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León procederá exclusivamente recurso contencioso-administrativo, que deberá interponerse en el plazo de dos meses a contar desde la notificación, ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículos 44.1 y 10 k) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

B) CUESTIÓN DE NULIDAD.

1.- Naturaleza.

La cuestión de nulidad regulada en el artículo 39 del TRLCSP es un recurso especial de naturaleza contractual, por causas tasadas, complementario del recurso especial, al estar dirigido contra un contrato celebrado previa vulneración de las reglas fundamentales de garantía de tutela precontractual.

Se dirigirá contra los contratos¹⁸⁷ en los que concurren exclusivamente algunos de los supuestos especiales de nulidad regulados en el artículo 37.1 TRLCSP. No puede fundarse en otros motivos, ni siquiera en las causas generales de nulidad de pleno derecho.

2.-Competencia.

Al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León le corresponde conocimiento y resolución de las cuestiones de nulidad contractual de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado

¹⁸⁵ Resoluciones 20/2014, de 27 de febrero y 61/2014, de 29 de agosto.

¹⁸⁶ Resolución 20/2014, de 27 de febrero. Ver los Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla y León 1.198/2008, 51/2009, 450 y 713/2010, y 145/012 relativos a la necesidad de asesoramiento jurídico para la presentación de una reclamación.

¹⁸⁷ La Ley no introduce ninguna mención en torno al tipo de ente adjudicador que debe celebrar los contratos sometidos a la cuestión de nulidad. En el caso de los contratos armonizados es claro que debe ser un poder adjudicador, pero no sucede lo mismo en los contratos de servicios asimilados.

por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que se interpongan en el ámbito de los procedimientos de contratación de los poderes adjudicadores incluidos en el ámbito subjetivo de la Ley 3/2011, y los Organismos Públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a ella, las Universidades, así como las Entidades Locales de Castilla y León y sus entes dependientes.

3.- Objeto

Son susceptibles de interposición de una cuestión de nulidad los contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministros, de servicios, de colaboración entre el sector público y el sector privado, y los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros -o el que reglamentariamente se determine- exclusivamente en los siguientes casos:

a) Cuando el contrato se haya adjudicado sin la previa publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en aquellos casos en que sea preceptivo, salvo que concurren conjuntamente las tres circunstancias previstas en el artículo 37.2 TRLCSP¹⁸⁸.

b) Cuando no se hubiera cumplido el plazo suspensivo de quince días hábiles entre la adjudicación y la formalización del contrato, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. La privación al licitador de la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación.

¹⁸⁸ a) Que de conformidad con el criterio del órgano de contratación el contrato esté incluido en alguno de los supuestos de exención de publicación del anuncio de licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea» previstos en esta Ley.

b) Que el órgano de contratación publique en el «Diario Oficial de la Unión Europea» un anuncio de transparencia previa voluntaria en el que se manifieste su intención de celebrar el contrato y que contenga los siguientes extremos:

- Identificación del órgano de contratación.
- Descripción de la finalidad del contrato.
- Justificación de la decisión de adjudicar el contrato sin el requisito de publicación del artículo 142.
- Identificación del adjudicatario del contrato.
- Cualquier otra información que el órgano de contratación considere relevante.

c) Que el contrato no se haya perfeccionado hasta transcurridos diez días hábiles a contar desde el siguiente al de publicación del anuncio.

2. Y la infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta.

c) Cuando a pesar de haber interpuesto el recurso especial, se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación, en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido.

d) Si se hubieran incumplido las normas de adjudicación de un contrato basado en un acuerdo marco del artículo 196 TRLCSP celebrado con varios empresarios, que por su valor estimado deba ser considerado sujeto a regulación armonizada, salvo que concurren conjuntamente las dos circunstancias previstas en el artículo 37. 3 TRLCSP¹⁸⁹.

e) Si se hubieran incumplido las normas de adjudicación¹⁹⁰ de un contrato específico basado en un sistema dinámico de contratación en el que

¹⁸⁹ a) Que el órgano de contratación haya notificado a todos los licitadores afectados la adjudicación del contrato y, si lo solicitan, los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 153 en cuanto a los datos cuya comunicación no fuera procedente.

b) Que el contrato no se hubiera perfeccionado hasta transcurridos quince días hábiles desde el siguiente al de la remisión de la notificación a los licitadores afectados.

¹⁹⁰ Artículo 202 Adjudicación de contratos en el marco de un sistema dinámico de contratación

1. Cada contrato específico que se pretenda adjudicar en el marco de un sistema dinámico de contratación deberá ser objeto de una licitación.

2. Cuando, por razón de su cuantía, los contratos a adjudicar estén sujetos a regulación armonizada, antes de proceder a la licitación los órganos de contratación publicarán un anuncio simplificado, en los medios que se detallan en el artículo 142, invitando a cualquier empresario interesado a presentar una oferta indicativa, en un plazo no inferior a quince días, que se computarán desde el envío del anuncio a la Unión Europea. Hasta que se concluya la evaluación de las ofertas indicativas presentadas en plazo no podrán convocarse nuevas licitaciones.

3. Todos los empresarios admitidos en el sistema serán invitados a presentar una oferta para el contrato específico que se esté licitando, a cuyo efecto se les concederá un plazo suficiente, que se fijará teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para prepararla, atendida la complejidad del contrato. El órgano de contratación podrá, asimismo, abrir una subasta electrónica conforme a lo establecido en el artículo 148.

4. El contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada de acuerdo con los criterios señalados en el anuncio de licitación a que se refiere el artículo 200.2.a). Estos criterios deberán precisarse en la invitación a la que se refiere el apartado anterior.

5. El resultado del procedimiento deberá anunciarse dentro de los cuarenta y ocho días

estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que el contrato a adjudicar esté sujeto a regulación armonizada, salvo que concurran conjuntamente las dos circunstancias previstas en el artículo 37. 3 TRLCSP.

4.- Legitimación.

Estarán legitimados para plantear la cuestión de nulidad todas las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por los específicos supuestos de nulidad del artículo 37 del TRLCSP.

5.- Plazo de interposición.

Los plazos para la interposición de la cuestión de nulidad son los siguientes:

A) El plazo para la interposición de la cuestión de nulidad será de treinta días hábiles a contar:

a) Desde la publicación de la adjudicación del contrato en la forma prevista en el artículo 154.2, incluyendo las razones justificativas de la no publicación de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea,

b) o desde la notificación a los licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 153 en cuanto a los datos cuya comunicación no fuera procedente¹⁹¹.

B) En los casos distintos a los anteriores, seis meses a contar desde la formalización del contrato.

6.- Procedimiento.

siguientes a la adjudicación de cada contrato en la forma prevista en el apartado 1 del artículo 154, siendo igualmente de aplicación lo previsto en su apartado 4. No obstante, estos anuncios podrán agruparse trimestralmente, en cuyo caso el plazo de cuarenta y ocho días se computará desde la terminación del trimestre.

6. La adjudicación prevista en el apartado 4 de este artículo podrá ir seguida de forma inmediata por la formalización del contrato.

¹⁹¹ El órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado.

a) Interposición.

La cuestión de nulidad deberá plantearse ante el Tribunal, que es el órgano competente para tramitar el procedimiento y resolverla.

A diferencia del recurso especial en materia de contratación no tiene carácter suspensivo, y no puede interponerse ante el órgano de contratación.

El escrito de interposición se acompañará de:

a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.

b) El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.

c) La copia o traslado del acto expreso que se recurra, o indicación del expediente en que haya recaído o del periódico oficial o perfil de contratante en que se haya publicado.

d) El documento o documentos en que funde su derecho.

La interposición de la cuestión de nulidad no produce la suspensión automática del contrato impugnado, sin perjuicio de que puedan solicitarse medidas cautelares.

b) Especialidades del procedimiento de la cuestión de nulidad.

La cuestión de nulidad se tramitará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 y siguientes para el recurso especial en materia de contratación, con las siguientes salvedades (artículo 39.5 TRLCSP):

a) No será necesario anunciar la interposición del recurso.

b) La interposición de la cuestión de nulidad no producirá efectos suspensivos de ninguna clase por sí sola.

c) El plazo establecido para que el órgano de contratación formule alegaciones en relación con la solicitud de medidas cautelares se elevará a siete días hábiles.

d) El plazo establecido para la remisión del expediente por el órgano de contratación, acompañado del correspondiente informe, se elevará a siete días hábiles.

e) En la resolución de la cuestión de nulidad, el órgano competente para dictarla deberá resolver también sobre la procedencia de aplicar las sanciones alternativas si el órgano de contratación lo hubiera solicitado en el informe que debe acompañar la remisión del expediente administrativo.

f) Cuando el órgano de contratación no hubiera solicitado inicialmente las sanciones alternativas podrá hacerlo en el trámite de ejecución de la resolución. En tal caso el órgano competente, previa audiencia por plazo de cinco días a las partes comparecidas en el procedimiento, resolverá sobre la procedencia o no de aplicar la sanción solicitada dentro de los cinco días siguientes al transcurso del plazo anterior. Contra esta resolución cabrá interponer recurso en los mismos términos previstos para las resoluciones dictadas resolviendo sobre el fondo.

Ante defectos subsanables que puedan afectar al escrito de interposición, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León requerirá al interesado a fin de que, en un plazo tres días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su recurso.

c) Tramitación

Interpuesta la cuestión de nulidad en plazo, se dará traslado de ella al órgano de contratación el mismo día, por correo electrónico, para que en el plazo de 7 días hábiles desde aquel traslado, remita el expediente al Tribunal junto con su informe ó alegaciones, incluidas las referentes a las eventuales medidas cautelares solicitadas en el escrito de interposición. Asimismo, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la interposición, se dará traslado del escrito de interposición a los interesados señalados como tales en el mismo para que, igualmente en el plazo de 7 días hábiles, aleguen lo que estimen conveniente a su derecho.

La documentación a remitir al Tribunal por el órgano de contratación estará compuesta por el expediente de contratación completo, en hojas foliadas y acompañado de un índice; un informe en el que conste una enumeración sucinta de los hechos, motivación de la decisión adoptada y cualesquiera otras alegaciones que quiera realizar el órgano gestor del expediente y un listado en el que consten todos los licitadores del procedimiento con los datos precisos para notificaciones, incluida la dirección de correo electrónico. Toda la documentación indicada deberá remitirse al Tribunal en soporte papel.

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, a la vista del expediente administrativo, mediante Acuerdo podrá declarar la inadmisión de la cuestión de nulidad cuando constare de modo inequívoco y manifiesto:

a) La incompetencia del Tribunal.

b) La falta de legitimación del recurrente.

c) Haberse interpuesto la cuestión de nulidad contra actividad no susceptible de impugnación.

d) Haber finalizado el plazo de interposición del recurso.

e) Que el interesado hubiera interpuesto recurso especial sobre el mismo acto, habiendo respetado el órgano de contratación la suspensión del acto impugnado y la resolución dictada.

d) Práctica de la prueba.

Cuando cualquiera de las partes lo solicite -el recurrente en el escrito de interposición, el resto de interesados en las alegaciones y el órgano de contratación en su informe- o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados, o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan proponerse y practicarse cuantas considere necesarias.

Su valoración la realizará el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, que podrá rechazarla si la considera manifiestamente improcedente o innecesaria. En todo caso se garantiza la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación.

Recibida la documentación exigible se fijará plazo y, de considerarlo necesario el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León para la resolución de la impugnación, se emplazará mediante comunicación electrónica al correo electrónico facilitado para la práctica de la prueba, tras la que se procederá a la presentación de conclusiones y/o a la elevación a definitivas las pretensiones de las partes.

e) Comunicaciones y notificaciones.

Con el objetivo de garantizar la oportuna celeridad procedimental, tanto el reclamante como el órgano de contratación facilitarán una dirección de correo electrónico a efectos de recibir las comunicaciones.

f) Confidencialidad y secretos comerciales.

Corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento.

7.- Medidas cautelares.

Pueden presentarse antes de interponer la cuestión ante el órgano competente para su resolución por las personas legitimadas para interponerla; o como una petición adicional en el escrito de interposición de la cuestión.

La solicitud de medidas cautelares se le aplican las reglas previstas para el recurso especial en los artículos 43 y 46 TRLCSP.

8.- Resolución de la cuestión de nulidad.

a) Plazo para resolver.

Se resolverá en el plazo de cinco días hábiles a contar, desde la recepción de las alegaciones de los interesados o del transcurso del plazo señalado para su formulación, del transcurso del periodo de prueba en su caso o de la elevación de conclusiones o celebración de la vista si se llevara a efecto (artículo 47.1 TRLCSP).

b) Contenido de la resolución.

La resolución será congruente con la reclamación y contendrá los elementos fácticos y jurídicos necesarios para dictarla.

La resolución motivará la decisión adoptada e indicará sus efectos y los recursos que contra ella procedan.

9.- Efectos de la resolución

Las resoluciones de este recurso contractual tienen carácter ejecutivo y deben ser cumplidas por los poderes adjudicadores en sus propios términos.

La resolución de la cuestión de nulidad estimará, en todo o en parte o desestimarás las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado.

La estimación de este recurso contractual supondrá la declaración de nulidad, que arrastrará en todo caso consigo la del contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo, y si esto no fuese posible, se devolverá su valor, debiendo la parte que resulte culpable indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León puede acordar que se mantengan los efectos del contrato, siempre que, atendiendo a las circunstancias excepcionales que concurran, considere que existen razones imperiosas de interés general que lo exijan y se satisfaga una

sanción entre el 5 el 20 por ciento del importe del contrato, o se reduzca proporcionalmente su plazo de duración¹⁹².

Sólo se considerará que los intereses económicos constituyen las razones imperiosas mencionadas en los casos excepcionales en que la declaración de nulidad del contrato dé lugar a consecuencias desproporcionadas.

10.- Recursos contra la resolución.

Contra la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León procederá exclusivamente recurso contencioso-administrativo, que deberá interponerse en el plazo de dos meses a contar desde la notificación, ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículos 44.1 y 10 k) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

¹⁹² Artículo 38 del TRLCSP "(...) 3. En el caso previsto en el apartado anterior, la declaración de nulidad deberá sustituirse por alguna de las sanciones alternativas siguientes:

a) La imposición de multas al poder adjudicador por un importe que no podrá ser inferior al 5 por 100 ni superar el 20 por 100 del precio de adjudicación del contrato. Cuando se trate de poderes adjudicadores cuya contratación se efectúe a través de diferentes órganos de contratación, la sanción alternativa recaerá sobre el presupuesto del departamento, consejería u órgano correspondiente que hubiera adjudicado el contrato.

Para determinar la cuantía en la imposición de las multas, el órgano competente tomará en consideración la reiteración, el porcentaje del contrato que haya sido ejecutado o el daño causado a los intereses públicos o, en su caso, al licitador, de tal forma que éstas sean eficaces, proporcionadas y disuasorias.

b) La reducción proporcionada de la duración del contrato. En este caso, el órgano competente tomará en consideración la reiteración, el porcentaje del contrato que haya sido ejecutado o el daño causado a los intereses públicos o, en su caso, al licitador. Asimismo determinará la indemnización que corresponda al contratista por el lucro cesante derivado de la reducción temporal del contrato, siempre que la infracción que motive la sanción alternativa no le sea imputable.

4. Lo dispuesto en todos los apartados anteriores se entenderá sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario que corresponda imponer al responsable de las infracciones legales.

6.- RECOMENDACIONES.

6.1.- La finalidad de los informes remitidos.

Este Tribunal debe hacer una observación sobre algunos informes preceptivos remitidos por el órgano de contratación¹⁹³. En ocasiones – afortunadamente en contadas ocasiones- son incongruentes, a veces poco claros, unas veces se limitan a relatar el procedimiento de contratación y en otros casos parecen dirigidos únicamente a dar contestación a las alegaciones del recurrente sin tener en cuenta que su destino es lograr la convicción del Tribunal.

El artículo 46.2 del TRLCSP no aclara el contenido del informe que el órgano de contratación debe hacer llegar al Tribunal junto con el expediente, si se ha de limitar a exponer las actuaciones realizadas hasta la fecha o si debe ir más allá, pronunciándose sobre otros aspectos tales como la admisibilidad del recurso, la legitimación de los recurrentes, las medidas solicitadas y, sobre todo, el fondo del asunto, acompañándolo en su caso de informes internos al respecto. Esta última es la posición que adoptan la práctica totalidad de los órganos encargados de resolver los recursos contractuales, por lo que cabe afirmar que no sólo se está ante un verdadero trámite de audiencia a la entidad recurrida, sino que, bajo el principio de contradicción, el informe preceptivo previsto en dicho artículo debe contener la razón y motivación de las decisiones sobre las cuestiones debatidas en el recurso.

Es loable que desde el principio de transparencia en la contratación quiera darse respuesta a todas las alegaciones realizadas por la empresa recurrente, pero debe recordarse que, en este caso, los informes forman parte de un recurso y que su finalidad es ofrecer datos, fundamentos y valoraciones al Tribunal para que este se forme una opinión y adopte una resolución. Para ello debe tener un conocimiento correcto de todas las argumentaciones técnicas que se realizan, dado que como órgano externo al contrato, es ajeno al contenido sustantivo del

¹⁹³-A título de ejemplo la Resolución 19/2012, de 16 de octubre señala lo siguiente. “en relación con la documentación remitida por el órgano de contratación, debe ponerse de manifiesto, por su trascendencia en la resolución del presente recurso, que el órgano gestor del procedimiento de contratación (Servicio de Contratación y Bienes) no ha cumplido debidamente lo dispuesto en el artículo 46.2 del TRLCSP, pues el informe preceptivo que acompaña con la remisión del expediente, omite la razón y motivación de las decisiones sobre las cuestiones debatidas en el recurso y, al analizar las alegaciones contenidas en el recurso, se limita a una mera exposición genérica de lo previsto en los pliegos y en la legislación de contratos, y se remite a los informes técnicos, en lo relativo a la suficiencia de la justificación presentada por (...) y a la decisión adoptada por el órgano de contratación.

»Tampoco los informes técnicos emitidos por el Director del Área de Ingeniería Civil y por el Director del Área de Medio Ambiente se prodigan en desarrollar los argumentos favorables a la admisión de la justificación de la baja anormal o desproporcionada”.

<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2012/resolucion-19-2012>

servicio a contratar.

El problema se agrava ante recursos dirigidos contra la adjudicación de contratos de cierta complejidad tecnológica, donde una elevada contradicción y las argumentaciones estrictamente técnicas dificultan la comprensión de la controversia. Por ello es necesario que los informes sean adecuados a sus fines y congruentes con las pretensiones jurídicas que son el objeto del procedimiento.

Como señala el Acuerdo 53/2014, de 16 de septiembre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, con cita de otros Acuerdos, "Un informe es un documento administrativo (de juicio u opinión) que, por definición, contiene una declaración emitida por el órgano designado en la ley, sobre las cuestiones de hecho o derecho que son objeto de un procedimiento, (en este caso el recurso especial en materia de contratación). La finalidad del informe es proporcionar al Tribunal datos, valoraciones y opiniones precisos, para la formación de su voluntad y la adopción de sus acuerdos o resoluciones, y no puede limitarse, como ocurre en el presente caso, a una mera descripción o enumeración correlativa de las fechas en que se han producido las distintas actuaciones en el procedimiento licitatorio, obviando incluso datos esenciales".

6.2.-Listado de los trabajadores a subrogar

El artículo 120 del TRLCSP impone al órgano de contratación el deber de facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto de licitación y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste.

Este Tribunal ha constatado que algunos recursos se indica que no está acreditado el personal a subrogar, no es correcta la relación presentada, o se han añadido trabajadores "en castigo" al adjudicatario. Sin perjuicio de que sea un problema probatorio (en ningún caso ha pasado de la mera manifestación), y en última instancia de competencia de la jurisdicción laboral, hay que advertir que tanto la Administración como el contratista habrán de respetar tanto las obligaciones laborales como las que para el tratamiento de datos ordena la disposición adicional vigésima sexta del TRLCSP.

En la práctica, las adjudicaciones se realizan próximas al momento de iniciarse la ejecución del nuevo contrato y sin ninguna colaboración de la empresa saliente, generalmente descontenta por no resultar de nuevo adjudicataria, por lo que la nueva adjudicataria no puede realizar la subrogación a tiempo y organizar el personal para iniciar en plazo la ejecución del contrato.

El órgano de contratación debería, antes de la nueva adjudicación, solicitar a la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato los datos de contacto de sus trabajadores y comprobar que realmente lo son, a los efectos de que en el momento de la nueva ejecución, si fuera preciso se remitan al nuevo adjudicatario.

En todo caso, debe advertirse que en caso de obstaculizarse por el anterior adjudicatario la subrogación, o de incumplir las obligaciones de información y documentación con la nueva contratista, la consecuencia es que la subrogación no ha de entenderse producida¹⁹⁴.

En cualquier caso, como este Tribunal ha tenido ya ocasión de manifestar en su Resolución 62/2013, de 14 de noviembre, de existir una controversia de origen laboral, la cuestión suscitada excedería del ámbito de conocimiento del Tribunal.

6.3.- Consignación en los pliegos de los gastos de primer establecimiento.

¹⁹⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 26 Julio de 2007, señala a este respecto "La cuestión ha sido reiteradamente resuelta en sentido contrario a la pretensión del recurrido y así, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2006 , (...), unifica la doctrina a propósito de la misma cuestión y con idéntica sentencia de contraste, diciendo lo siguiente: 'Hay que comenzar reconociendo que la doctrina de la Sala se ha pronunciado sobre esta materia al aplicar las cláusulas de subrogación de otros convenios colectivos (...) la sentencia 9 de febrero de 1998 excluye también la subrogación cuando existe un 'incumplimiento por la empresa saliente de las condiciones exigidas en el Convenio Colectivo para que se produjera la subrogación por la entrante', añadiendo que 'no cabe invocar, en contra de lo anterior, vulneración del derecho del trabajador, a la estabilidad en el empleo' (...), pues 'dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente'. La sentencia de 30 de septiembre de 1999 reitera la doctrina de las sentencias ya citadas, concluyendo que 'si la empresa saliente no cumplimenta los deberes que le impone el Convenio Colectivo, no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante' y añade que 'la protección de los trabajadores concernidos se consigue mediante el mantenimiento de su contrato con la empresa donde prestaban sus servicios hasta el momento; es decir, que, no hay desde luego sucesión en las relaciones de trabajo, pero éstas continúan en cabeza del empresario saliente, quien no puede alegar, como causa extintiva, el mero hecho de la terminación de la contrata; con lo que, o sigue procurando empleo a esos trabajadores, o prescinde de los mismos mediante la indemnización fijada por la ley'. La sentencia citada advierte, sin embargo, que esta solución parte de 'un doble dato que conviene reiterar: primero, que -en la hipótesis contemplada- la transferencia del personal no viene impuesta por norma legal alguna; segundo, que esa transferencia es fruto únicamente de una específica previsión contenida en el Convenio Colectivo aplicable. De ahí que sólo tenga lugar cuando el empresario saliente cumplimenta de manera suficiente los deberes que la norma paccionada colectiva le impone, en orden a informar sobre las circunstancias de los trabajadores afectados y a justificar cumplidamente que se ha atendido, hasta el momento, las obligaciones dinerarias que derivan del contrato de trabajo y de la relación de Seguridad Social, en materia de cotización. Naturalmente, esta solución conecta con la concepción actual de la regla colectiva, pero nada impide que los agentes sociales la conciban de otra manera en el futuro'. En el mismo sentido se han pronunciado las sentencias más recientes de 11 de marzo de 2003 y 28 de julio de 2003, aunque, por tratarse de incumplimientos sin gravedad, apreciaron la subrogación (...)".

El artículo 132 del TRLCSP establece que "Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio".

De conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 del TRLCSP, "Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

»(...).

»c) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 € y el plazo de duración superior a cinco años".

La exigencia de ambos requisitos es acumulativa; esto es, es necesario, inexcusablemente, que su plazo de duración sea superior a cinco años y que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros.

Por ello, como la existencia de un preciso importe como presupuesto de gastos de primer establecimiento determina el régimen jurídico del contrato de gestión del servicio público y la propia competencia de este Tribunal, se considera imprescindible que los PCAP contengan un estudio económico-financiero e indique expresamente si existen gastos de primer establecimiento, y en su caso, cuál es el importe de éstos.

6.4.- El cumplimiento del plazo de envío del expediente

Como se ha indicado, el recurso especial se basa en los principios de celeridad y eficacia, para ello el TRLCSP ha plasmado unos plazos muy breves que deben ser cumplidos para no retener la gestión en general y el procedimiento de contratación, en particular

El incumplimiento de esta obligación necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración de principios y criterios relativos a su actuación recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros.

Si se establece un proceso sumario, con plazos breves, acompañados de la posibilidad de adoptar medidas provisionales, es porque pretende lograrse una

tutela restitutoria efectiva. Y ello es así porque cuanto antes pueda resolverse una posible violación del procedimiento de contratación, más oportunidades habrá de que el interés que prevalezca sobre los demás intereses en liza sea el restablecimiento de la legalidad. Por ello, los plazos juegan un papel determinante, la eficacia del recurso sólo se garantiza con unos plazos que sean lo más breves posible, y esto concierne tanto a los recurrentes como al interés público, ya que al órgano de contratación es el primer interesado en continuar su gestión y en que se solucionen los problemas presentes y futuros y se realice una contratación ímpoluta.

Por ello, para el cumplimiento de los referidos objetivos es imprescindible el envío del expediente en plazo.